FACULTÉ DE DROIT ET DE CRIMINOLOGIE
UNIVERSITÉ LIBRE DE BRUXELLES

Institut d'études politiques de Paris

Programme doctoral de l'École de droit

La fabrique du droit coutumier en Nouvelle-Calédonie

Épreuves coutumières et raisonnement juridique

Thèse présentée par Oona LE MEUR

En vue de l'obtention du grade académique de docteure en Droit
Faculté de droit et de criminologie de l'ULB – Programme doctoral de l'École de droit de l'IEP de Paris
Année académique 2022-2023 - Soutenance le 6 octobre 2022

Sous la direction de la Professeure Barbara TRUFFIN,
Université libre de Bruxelles

Centre d'histoire du droit et d'anthropologie juridique

Et la direction du Professeur Frédéric AUDREN,
Sciences Po

École de droit de Sciences Po

Et avec la supervision scientifique du Professeur Louis ASSIER-ANDRIEU,
Sciences Po

École de droit de Sciences Po

Jury de thèse

Frédéric Audren, Directeur de recherche, CNRS, École de droit de Sciences Po Paris (directeur de thèse)

Barbara Truffin, Professeure, Université libre de Bruxelles (directrice de thèse)

Christine Demmer, Chargée de recherche, CNRS, Centre Norbert Elias

Pascale Deumier, Professeure des universités, Université Jean Moulin Lyon III, (Rapporteure)

Baudouin Dupret, Directeur de recherche, CNRS, Laboratoire « Les Afriques dans le monde », (Rapporteur)

Alain Pottage, Professeur des universités, École de droit de Sciences Po Paris

Isabelle Rorive, Professeure ordinaire, Université libre de Bruxelles

CHDAJ
Centre d'Histoire du Droit et d'Anthropologie Juridique

Remerciements

Dans toutes les thèses que j'ai lues, mon moment préféré est toujours celui des remerciements. Il rappelle à quel point une thèse est un travail solitaire certes, mais rendu possible, et supportable, par une myriade de personnes. Il s'agit en somme du travail solitaire le plus collectif qui soit.

Je commencerai par m'adresser à mes directeurs de thèse. D'abord, Louis Assier-Andrieu, qui a su encourager un projet embryonnaire, recadrer des recherches qui partaient dans plein de directions, et façonner des habitudes de travail répondant à des standards de rigueur académique salutaires. Ensuite, Barbara Truffin qui a instauré un environnement de travail à la fois bienveillant et hautement stimulant intellectuellement. Ta douceur et ton exigence m'ont donné le goût de m'accrocher jusqu'à la fin.

Frédéric Audren, là depuis le tout début de cette thèse a toujours prêté une oreille attentive à mes balbutiements, mes hésitations et mes cheminements tout en distribuant généreusement des conseils précieux. Je te remercie d'avoir su prendre une plus grande place dans cette recherche quand j'en ai eu besoin.

Étant donné l'importance de l'empirie dans ma recherche, je dois remercier toutes les personnes et les structures qui m'ont accueillie en Nouvelle-Calédonie, notamment l'Institut de Recherche pour le Développement (IRD) avec le soutien précieux de Catherine Sabinot, qui m'a ouvert les portes de l'UMR Espace Dev (Espace pour le développement), et Étienne Rodary dont la présence discrète et les « GREDineries » m'ont permis de tisser un réseau scientifique et social au sein de mon bureau d'accueil. Merci également à Jean-Brice Herrenschmidt pour ses conseils avisés, nos discussions et non seulement le toit, mais aussi le foyer qui m'ont abrité à Nouméa. Merci à la famille Joop, de m'avoir accueillie dans leur petit coin de paradis.

Cette recherche repose entièrement sur les observations et les entretiens que j'ai pu mener. Que ce soit au Tribunal de Première Instance de Nouméa, ou dans les sections détachées, beaucoup de personnes m'ont accordé du temps, et m'ont donné accès à des informations capitales pour mes recherches, et je les en remercie sincèrement. Merci à Maroua Marmouch qui depuis Marseille, m'a ouvert des portes aux antipodes. Je voudrais également remercier les personnes, magistrats, assesseurs coutumiers, justiciables et autres, qui m'ont reçue soit pendant leurs heures de travail, soit, bien souvent dans l'intimité de leurs foyers, un peu partout sur le

caillou. Je remercie plus particulièrement Jone Passa de m'avoir emmenée avec lui dans certains de ses déplacements pour me permettre de multiplier les entretiens et les observations.

Je remercie également les chercheurs qui ont accepté de discuter de mon projet et de me donner des conseils. Tout d'abord Étienne Cornut que je remercie infiniment de m'avoir accordé l'accès à la base de données sur la jurisprudence coutumière qu'il a contribué à mettre en place. Christine Salomon qui m'a fait des retours extrêmement précieux lors de mes premières réflexions sur mon cas d'étude. Benoît Trépied, qui a partagé son savoir concernant les juridictions coutumières. Mais aussi Michelle Naepels, Christine Demmer, Isabelle Dauriac, Carine David, Éric Soriano et Patrice Godin, qui m'ont tous écoutée et guidée dans mes réflexions.

De retour à Paris ou à Bruxelles un. e doctorant. e est bien peu de choses sans un rattachement à un laboratoire de recherche dynamique et accueillant. Je remercie donc les doctorants de Sciences Po, notamment Géraldine et Amina, mes modèles de femmes extraordinaires ; mais aussi Diego, Filipe et Jean, qui ont illuminé non seulement certains de mes questionnements, mais parfois, simplement, mes journées. Une mention spéciale pour Gabriel qui a fait cela non seulement à Paris, mais aussi pendant mon séjour de recherche à McGill, à Montréal. J'ai la chance d'avoir également été entourée de doctorants formidables à l'ULB, Louise et Louise, Édouard et Maxime, et tous les autres, pour les discussions autour de la machine à café et l'énergie que le CHDAJ dégage grâce à vous. Ariane, tu es la chercheuse, l'amie et la coloc de jour que toute doctorante devrait avoir. Paolo, je n'en reviens toujours pas de ta gentillesse et ta profonde empathie avec les doctorants.es en fin de thèse ! Simon a de la chance de vous avoir comme parents, et je me réjouis de le voir devenir une personne assurément formidable. Delphine, une bonne partie de cette thèse (la meilleure sans aucun doute) a été écrite chez toi, faisant de nos dimanches studieux des moments de complicité inopinés.

Jérôme de Brouwer et toute l'équipe pédagogique d'Histoire du droit et des institutions ont permis à ma passion pour l'enseignement de s'exprimer pleinement. Je remercie tous les étudiants que j'ai eus ces dernières années, qui ont assisté avec beaucoup de patience à mes débuts dans le monde de l'enseignement, et qui m'ont fait aimer cela.

Si une thèse est un cheminement professionnel, elle est à bien des égards un cheminement privé également. Merci à Emmanuelle (et Didier, Christophe et Garance, sans oublier Jiji et Lyra) de m'avoir offert un foyer familial à Paris, qui m'a aidé à garder la tête hors de l'eau.

Ensuite Pauline, pour l'appartement dont nous avons fait notre nouveau foyer, à Bruxelles, et notre amour commun pour les magasins de seconde main, et le féminisme. Merci à Julie, grâce à qui le confinement est devenu une période de réjouissances, et qui depuis est une partenaire d'aventures hors pair. Merci aux colocs de la Maison Rose, Adèle, Badïa Kika et Oriane, qui m'entourent de leurs sensibilités artistiques. Je pense tout particulièrement à Charlotte, Rémi et Léo, qui ont transformé la transition entre le swinging London des années de masters à la thèse, en un voyage entrepris à plusieurs, entrecoupés de rires, de solidarité et d'attentions délicates. Bon courage pour vos thèses à vous !

Même si ce n'est pas toujours évident, il y a une vie en dehors de la thèse et j'ai beaucoup de chance de pouvoir compter sur des personnes merveilleuses, proches ou lointaines, pour me rejoindre n'importe où, ou au contraire me faire voyager. William, Clara, Léa & Aksel, Éloïse, Valériane, Anne-Cécile, Ophélie, Guillaume et Sarah, tous et toutes rencontrés à des stades différents de ma vie, mais toujours là !

L'un des ingrédients essentiels d'une thèse réussie est sans aucun doute le moyen de s'en échapper quand il faut. Mon échappatoire a été la danse, qui me permettait de me recentrer sur mon corps, et de laisser les parties usées de mon cerveau se régénérer. Merci, Sophie, Nourdine, Maurice, Léo, Julie, Kamel, et toute l'équipe de Camina d'être des partenaires d'échappatoires hors pair.

Ceux qui m'ont donné le goût de l'aventure, et les moyens de m'y lancer sont évidemment en premier lieu, mes parents, Fadhila et Pierre-Yves. Cette thèse n'aurait jamais existé sans leur soutien inconditionnel, aussi bien matériel, qu'intellectuel et émotionnel. Vous êtes chacun à votre manière des personnes que j'admire grandement et j'aime à croire que nous aurions été amis dans une autre vie. Mon frère, Sofien, est par son caractère, son intelligence et son talent d'artiste, une inspiration perpétuelle. Nous avons en plus le privilège de faire partie d'une grande famille haute en couleur et aimante. Le 54 est mon refuge quand vous êtes là, Mamie, Kaïssa, et tous les autres oncles et tantes, cousins et cousines qui gravitent dans les parages. Ma vie de jeune adulte est un voyage serein grâce à vous, votre amour et votre soutien.

Cerise sur le gâteau, mes derniers mots vont à Thibault, dont la présence à mes côtés remplit tous les verres à moitié vides. J'ai hâte de vivre les surprises du futur à deux.

À mes grand-mères, Ghenima et Andrée

À mes parents, Fadhila et Pierre-Yves (la boucle est bouclée)

Et à Thibault

Sommaire

Introduction générale

> *« In another moment Alice was through the glass, and had jumped lightly down into the Looking-glass room. […] Then she began looking about, and noticed that what could be seen from the old room was quite common and uninteresting, but that all the rest was as different as possible. »*[1]

Si l'on en croit l'image poétique de Llewellyn, le droit est l'envers du miroir à travers lequel Alice passe dans le Pays des merveilles[2]. Loin du conte psychédélique de Carroll Lewis, cette thèse cherche néanmoins à analyser en quoi le droit peut être un autre monde[3], et par quels mécanismes celui-ci stabilise l'exceptionnel[4].

De manière moins onirique, ce travail entend comprendre la fabrique du droit[5] (coutumier) par l'activité judiciaire des professionnels du droit[6] au sein des tribunaux coutumiers de Nouvelle-Calédonie. Le contexte de l'étude est donc doublement spécifique : d'une part, la recherche est circonscrite aux juridictions coutumières de première instance, d'autre part, un cas d'étude, concernant deux demandes de changement de sexe à l'état civil coutumier, constitue le fil rouge de la réflexion. Les premières affaires qui se sont présentées aux professionnels du droit des juridictions coutumières étaient sans précédent, et soulevaient l'épineuse question des droits fondamentaux, notamment ce qui avait trait à l'identité de genre et à la vie privée.

---

[1] LEWIS, Carroll. *Alice's Adventures in Wonderland and Through the Looking Glass*. London: Penguin Books, 1998. p. 127.

[2] « Le Droit peut revêtir la forme qui nous est la plus familière, celle de règles impératives et de doctrines exprimées dans une étrangeté qui leur est propre, doté d'un langage technique, gagnant en précision chaque fois que ses techniciens opèrent dans le domaine de leur technique spécifique. C'est alors que le Droit devient un monde en soi. C'est un monde à la manière du miroir d'Alice — à la fois difficile à pénétrer et dont il est difficile de se détacher, une foi que l'on a commencé à s'y habituer. » LLEWELLYN, Karl Nicker et Edward Adamson HOEBEL. *La voie cheyenne : conflit et jurisprudence dans la science primitive du droit*. Traduit par Louis ASSIER-ANDRIEU. Paris-Bruxelles : LGDJ ; Bruylant, 1999. p. 47.

[3] HERMITTE, Marie-Angèle. « Le droit est un autre monde », *Enquête*. 1998 No. 7. p. 17-37.

[4] THOMAS, Yan. *Les opérations du droit*. Paris: EHESS, Gallimard, Seuil, 2011. p. 209.

[5] LATOUR, Bruno. *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*. Paris : La Découverte/Poche, 2004.

[6] Pour les besoins de ma recherche, je désignerai par « professionnels du droit » les magistrats et assesseurs coutumiers siégeant au sein des juridictions coutumières.

À ce titre, il ne s'agit ni d'une synthèse systématique portant sur le droit coutumier en Nouvelle-Calédonie ni d'une tentative de restitution de l'essence d'une « coutume kanak[1] » représentative d'une spécificité culturelle qu'on tenterait de mettre au jour. L'ambition de la thèse est au contraire d'observer, en contexte, le déploiement des pratiques et raisonnements des professionnels du droit au sein des juridictions coutumières. Plus particulièrement, l'objectif est d'observer et de décrire, à partir d'une combinaison de méthodes empiriques et de choix théoriques qui relèvent de l'anthropologie des opérations ordinaires du droit[2], le raisonnement juridique des praticiens du droit qui contribue à l'élaboration du droit coutumier.

Le recours à l'étude de cas se révèle précieux pour mettre en évidence le rôle joué par les épreuves dans l'articulation du droit coutumier et des droits fondamentaux (et plus particulièrement ici ceux qui protègent la vie privée et l'identité de genre). Il s'agit en somme de comprendre comment le raisonnement juridique des professionnels de ces juridictions est éprouvé par les affaires coutumières, et inversement, si le droit coutumier qui en résulte est mis (ou non) à l'épreuve par les droits fondamentaux.

Je me sers ici de la notion « d'épreuve »[3], qui a été travaillée dans le champ de la sociologie pragmatique[4] (aussi appelée sociologie de l'épreuve[5]) et celui de la sociologie de la traduction[6]. Elle me permet de donner un nouvel éclairage aux opérations du droit qui structurent le raisonnement juridique des professionnels du droit. Ceux-ci, vont pour certains cas catégorisés comme difficiles à résoudre, éprouver leur raisonnement habituel. Dans le cadre des juridictions coutumières, cette épreuve fonctionne à double sens puisque d'une part, les juges, éduqués en droit civil, sont éprouvés par certains principes coutumiers ; d'autre part, la coutume est éprouvée par les juges, qui peuvent à l'occasion ressentir la nécessité de l'adapter à des

---

[1] Dans le texte de l'Accord de Nouméa, « Kanak » s'écrit avec deux « k », mais ne s'accorde pas. Je reprends ici cette orthographe.

[2] THOMAS, Yan. *Les opérations du droit*. *Op. cit.*

[3] LINHARDT, Dominique. « L'État et ses épreuves. Éléments d'une sociologie des agencements étatiques. », *Clio@Themis. Revue électronique d'histoire du droit*. 2008 No. 1. ; MARTUCCELLI, Danilo. « Les deux voies de la notion d'épreuve en sociologie », *Sociologie*. 3 juin 2015, vol. 6 No. 1. p. 43-60.

[4] BARTHE, Yannick, Damien de BLIC, Jean-Philippe HEURTIN, et al. « Sociologie pragmatique : mode d'emploi », *Politix*. 2013, vol. 103 No. 3. p. 175-204. ; LEMIEUX, Cyril. *La sociologie pragmatique*. Paris : La Découverte, 2018.

[5] LEMIEUX, Cyril. « De la théorie de l'habitus à la sociologie des épreuves : » *Michaël Pollak. De l'identité blessée à une sociologie des possibles*. Paris : Éditions Complexe, 2008, p. 179-205.

[6] LATOUR, Bruno. *Microbes : guerre et paix, suivi de Irréductions*. Paris : Métailié, 1984.

standards normatifs nationaux ou internationaux. L'épreuve représente la dynamique entre les contraintes auxquelles sont soumis les professionnels du droit et la marge de manœuvre non négligeable dont ils disposent malgré tout. Mon hypothèse est que l'accumulation de ces épreuves et la manière dont celles-ci sont surmontées, représente le cœur de la fabrique du droit coutumier.

Avant d'aller plus loin, il est cependant nécessaire de contextualiser les enjeux institutionnels de décolonisation qui traversent la Nouvelle-Calédonie depuis la fin des années 1980 et dans lesquels s'inscrivent les juridictions coutumières (A). En raison des politiques de reconnaissance[1] de la particularité culturelle kanak, résumée par la notion de « coutume », menées dans le contexte de la décolonisation, la configuration institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie est systématiquement vue au prisme d'un pluralisme juridique que certains qualifient d'« équilibré »[2]. Afin de saisir l'élément central de la présente recherche, il faudra aller au-delà de ce concept qui escamote la prise en compte des raisonnements juridiques des professionnels du droit.

Il s'agit au fond d'interroger les rapports entre les divers ordres normatifs, non d'un point de vue théorique et *a priori*, mais en ancrant notre questionnement dans l'observation des pratiques juridiques. Celles-ci s'appréhendent par la combinaison de différentes disciplines amenant les sciences sociales au droit[3] - notamment par l'observation de nombreux cas d'audiences dépeignant un tableau précis du fonctionnement routinier des juridictions coutumières (B). Cet alliage disciplinaire permet de mobiliser et de contraster la routine des tribunaux coutumier avec un cas qui intègre deux affaires de demande de changement de sexe à l'état civil coutumier (regroupant notamment deux affaires[4]) (C). Ce cas d'étude permet de saisir des questions de recherches auxquelles nous répondrons dans cette thèse (D).

---

[1] GESLIN, Albane. « De l'entre-soi à l'entre-autre(s) : enjeux et ambiguïtés de la reconnaissance internationale des droits des peuples autochtones » *Droit international et reconnaissance*. Paris : Pedone, 2016, p. 35.

[2] SERMET, Laurent. « Le pluralisme juridique : une approche française ? », *Revue Juridique, Politique et Économique de La Nouvelle-Calédonie*. 2013 No. 22. p. 4-27.

[3] DUPRET, Baudouin. « Droit et sciences sociales. Pour une respécification praxéologique », *Droit et société*. 2010, vol. 2 No. 75. p. 315-335.

[4] Il s'agit en l'occurrence d'une affaire traitée par le Tribunal de Première Instance (TPI) de Nouméa en 2017, et d'une affaire plus ancienne, jugée à la section détachée de Koné en 2015.

A - Souligner l'actualité de la recherche : (dé)colonisation, coutume et pluralisme juridique

Le sujet de la thèse s'inscrit dans une actualité calédonienne vibrante. Dimanche 12 décembre 2021 a signé la fin d'un cycle de référendums d'autodétermination en Nouvelle-Calédonie. Celui-ci ponctue d'une manière à la fois inattendue et inachevée[1] un processus de décolonisation négocié commencé en 1988 avec les Accords de Matignon-Oudinot[2], reconduits et concrétisés par l'Accord de Nouméa en 1998[3].

La question posée lors de ces référendums « Voulez-vous que la Nouvelle-Calédonie accède à la pleine souveraineté et devienne indépendante ? » était nettement binaire. Si les deux premiers référendums ont vu le camp indépendantiste progresser (de 43,6 %[4] en 2018, à 46,74 % en 2020[5]), avec un taux de participation très élevé et en croissance (80,62 % en 2018 et 85,64 % en 2020), le troisième référendum a quant à lui fait l'objet d'un appel à non-participation du camp indépendantiste[6] en raison de la crise sanitaire qui a rattrapé tardivement la Nouvelle-Calédonie. Sans surprise, le taux de participation au dernier referendum est donc peu représentatif (43,90 % et voit le « non » à l'indépendance l'emporter de manière écrasante

---

[1] LE MEUR, Oona. 'Référendum en Nouvelle-Calédonie : un rendez-vous manqué dans le processus de décolonisation', *The Conversation*. 16 décembre 2021.

[2] Accords de Matignon du 26 juin 1988 complétés par les Accords d'Oudinot le 26 août 1988, communément appelés les Accords de Matignon-Oudinot. L' Accord de Matignon a été approuvé par référendum le 6 novembre 1988. Conseil constitutionnel, Décision 88-14 REF, 9 novembre 1988, Proclamation des résultats du référendum du 6 novembre 1988, Journal officiel du 10 novembre 1988, p. 14123

[3] Accord sur la Nouvelle-Calédonie signé à Nouméa le 5 mai 1998 (Accord de Nouméa), *JORF* n° 121 du 27 mai 1998, p. 8039

[4] ROGER, Patrick. « En Nouvelle-Calédonie, le succès étriqué du « non » rebat les cartes », *Le Monde*. 5 novembre 2018. ; MERLE, Isabelle. « Il faut se réjouir des résultats du référendum », *Club de Mediapart*. 7 novembre 2018.

[5] LASSAUCE, Bernard et Claude LINDOR. « Sur quelles bases discuter au lendemain du référendum ? », *Nouvelle-Calédonie la 1ère*. 13 octobre 2020. ; DEMMER, Christine. « La régression loyaliste à l'heure du référendum de Kanaky-Nouvelle-Calédonie », *Club de Mediapart*. 2020.

[6] BOSSY, Delphine. « Les partisans du Oui demandent d'une seule voix le report du référendum », *LNC.nc | Les Nouvelles Calédoniennes, le Journal de Nouvelle-Calédonie*. 9 novembre 2021.

(96,49 %)[1]. La légitimité de ce dernier référendum a été discutée dans toute la région Pacifique[2] ainsi qu'en France[3].

La crise du Covid a révélé qu'en dépit de la politique de « rééquilibrage » économique partie intégrante de la décolonisation négociée[4], de lourdes inégalités socio-économiques, bien plus profondes qu'en France métropolitaine, subsistaient entre les différentes communautés du territoire[5]. Le Covid a provoqué environ 280 décès, une large part de ceux-ci concernent les communautés océaniennes, kanak, wallisiennes, futuniennes et polynésiennes qui cumulent les facteurs de comorbidité. Pour cette raison, le Sénat coutumier a décrété début novembre un « deuil coutumier national » d'un an, à partir du 6 septembre 2021[6]. Les deuils coutumiers sont des cérémonies complexes consistant en l'échange de dons et de contre-dons dont la temporalité peut s'étendre de quelques jours à plusieurs mois[7]. Néanmoins en dépit des appels à non-participation, le Conseil d'État a rejeté par deux fois les recours qui avaient été déposés auprès de lui afin d'annuler les résultats du troisième référendum[8].

Si elles n'ont pas été entendues par le gouvernement français, les controverses autour de la légitimité de cet ultime référendum sont révélatrices des tensions qui existent en Nouvelle-

---

[1] LE MONDE et AFP. « Référendum en Nouvelle-Calédonie : victoire massive et sans surprise du « non » à l'indépendance, sur fond d'abstention record », *Le Monde*. 12 décembre 2021.

[2] DICKINS MORRISON, Rowena, Adrian MUCKLE, et Benoît TRÉPIED. 'Emmanuel Macron's dangerous shift on the New Caledonia referendum risks a return to violence', *The Guardian*. 2 décembre 2021. ; ZWEIFEL, Walter. « Unease builds over New Caledonia referendum », *RNZ*. 30 novembre 2021.

[3] TRÉPIED, Benoît. « Le retour de l'État colonial en Nouvelle-Calédonie », *Libération*. 21 décembre 2021. ; BELHOTE, Christian et Isabelle MERLE. « Nouvelle-Calédonie : une victoire à la Pyrrhus », *AOC media - Analyse Opinion Critique*. 2022.

[4] WERY, Claudine. « Covid-19 : avec plus de 100 morts en un mois, une épidémie brutale en Nouvelle-Calédonie », *Le Monde*. 29 septembre 2021.

[5] WERY, Claudine. « Inégalités sociales en Nouvelle-Calédonie : « Il y a vraiment deux mondes. Et la situation s'aggrave » », *Le Monde*. 8 décembre 2021.

[6] B.B. « Le Sénat coutumier demande de respecter le "deuil national" », *LNC.nc | Les Nouvelles Calédoniennes, le Journal de Nouvelle-Calédonie*. 9 décembre 2021.

[7] OGIER-GUINDO, Julia. « Le pays invisible : Représentations de la mort dans les discours cérémoniels kanak (Nouvelle-Calédonie) », *Cahiers de littérature orale*. 2011 No. 69. p. 79-106. ; BRETTEVILLE, Dominique. « "L'os et le souffle" Protocole et valeurs ultimes chez les Paimboas » in Alban BENSA et Isabelle LEBLIC (éd.). *En pays kanak : Ethnologie, linguistique, archéologie, histoire de la Nouvelle-Calédonie*. Paris : Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 2015, p. 101-127.

[8] LE MONDE et AFP. « Nouvelle-Calédonie : le Conseil d'État rejette la demande de report du référendum », *Le Monde*. 8 décembre 2021. ; TROMEUR, Françoise. « Le Conseil d'État rejette la demande d'annuler le troisième référendum », *Nouvelle-Calédonie la 1ère*. 4 juin 2022.

Calédonie entre les différentes populations et leurs positionnements vis-à-vis d'une hypothétique indépendance et de la forme que celle pourrait prendre[1]. Les tensions qui traversent les populations calédoniennes sont le résultat de son histoire coloniale – manifestement encore en cours de dénouement. Les différentes tentatives pour « réparer l'histoire » et unifier un « peuple calédonien »[2] se sont traduites par des politiques publiques qui se veulent innovantes et « pluralistes »[3].

Cette particularité est l'héritage d'une trajectoire de colonisation de peuplement, marquée par le poids de la colonisation pénale. Les tentatives de colonisation libre ont largement échoué, mais ont été remplacées par des importations de main-d'œuvre de différents pays, y compris d'autres colonies, dès la fin du 19e siècle et jusque l'entre-deux-guerres. Ces mouvements d'immigration forcée ont repris, sur le mode de l'incitation cette fois, dans les années 1950 et surtout 1960-70, encouragés par l'État français dans le cadre d'une politique de « recolonisations », en particulier à l'époque du boom du nickel (1967-1972), dans le but de minoriser les Kanak et de noyer démographiquement toute velléité indépendantiste[4]. Cette tentative n'a pas été totalement fructueuse puisque la particularité héritée de cette histoire de colonie de peuplement est, aujourd'hui encore, le ratio représenté par le peuple autochtone, les Kanak, d'environ 40 % selon l'Institut de la statistique et des études économiques de Nouvelle-Calédonie (ISEE).

---

[1] CHAPPELL, David A. 'The Noumea Accord: Decolonization without Independence in New Caledonia?', *Pacific Affairs*. 1999. p. 373-391. ; MOKADDEM, Hamid. « Des divisions intérieures du corps politique néo-calédonien » *L'État pluriculturel et les droits aux différences*. Bruxelles : Bruylant, 2003, p. 399-407. ; NEAOUTYINE, Paul, Jean-François CORRAL, et André NEMIA. *L'indépendance au présent : identité kanak et destin commun*. Paris : Syllepse, 2006. ; TREPIED, Benoît. « Une histoire kanak contre l'indépendance. Relectures familiales du passé colonial en Nouvelle-Calédonie », *Histoires de famille. Les récits du passé dans la parenté contemporaine*. Paris : Éditions rue d'Ulm, 2015, p. 141-162.

[2] DEMMER, Christine. « Un peuple calédonien ? Le référendum d'autodétermination en Nouvelle-Calédonie », Blog *La Vie des idées*. 2018. ; HAVARD, Léa. « Regard postcolonial sur la construction du peuple calédonien : une décolonisation équivoque » *Postcolonialisme et droit : perspectives épistémologiques*. Paris : Éditions Kimé, 2020, p. 67-89.

[3] DE DEKKER, Paul et Jean-Yves FABERON (éd.). *L'État pluriculturel et les droits aux différences*. Bruxelles : Bruylant, 2003. ; BIDAUD, Christine. *L'identité et le droit : perspectives calédoniennes, nationales et internationales*. Nouméa : Presses Universitaires de Nouvelle-Calédonie, 2020.

[4] Il s'agissait de « faire du blanc », selon l'affirmation de Roger Laroque en 1970, alors maire de Nouméa, cité dans LEBLIC, Isabelle. « Chronologie de la Nouvelle-Calédonie », *Le Journal de la Société des Océanistes*. 1er décembre 2003 No. 117. p. 302.

Population totale selon la communauté d'appartenance de 2009 à 2019

Communauté d'appartenance déclarée	2009 Effectif	2009 %	2014 Effectif	2014 %	2019 Effectif	2019 %
Kanak	99 078	40,3	104 958	39,1	111 856	41,2
Européenne	71 721	29,2	73 199	27,2	65 488	24,1
Plusieurs communautés*	20 398	8,3	23 007	8,6	30 758	11,3
Wallisienne, Futunienne	21 262	8,7	21 926	8,2	22 520	8,3
Autre communauté**	18 077	7,4	19 146	7,1	20 486	7,5
Non déclarée	15 044	6,1	26 531	9,9	20 299	7,5
Ensemble	**245 580**	**100,0**	**268 767**	**100,0**	**271 407**	**100,0**

** : y compris Métis*
*** : Indonésienne, Ni-Vanuatu, Tahitienne, Vietnamienne ou Autre*
Sources : Insee-Isee, recensement de la population
Unités : Nbre, %

Figure 1 ISEE - Recensement de la population 2019 - Nouvelle-Calédonie

Ceci entraîne un rapport de force (démographique puis politique) entre les Kanak et le gouvernement français très spécifique si l'on se réfère à d'autres populations autochtones au sein d'États issus d'anciennes colonies de peuplement. En effet selon la Banque Mondiale, les peuples autochtones représentent 5 % de la population mondiale[1]. En 2010, un recensement des populations autochtones évaluait la part de la population autochtone au Canada de moins de 4 % et aux États-Unis de 0,9 % ; 17 % en Nouvelle-Zélande et 2,5 % en Australie[2]. Et ce sont ces grands États qui ont résisté à la signature de la Déclaration des peuples autochtones[3], se sentant menacés par les potentiels effets émancipateurs d'un droit à l'autodétermination[4]. Il existe évidemment des pays dont le ratio représenté par la ou les populations autochtones est aussi important, voire plus important qu'en Nouvelle-Calédonie, mais ce ne sont généralement pas d'anciennes colonies de peuplement en cours de décolonisation[5].

[1] BANQUE MONDIALE. *Populations autochtones - Vue d'ensemble*. En ligne : https://www.banquemondiale.org/fr/topic/indigenouspeoples [consulté le 2 septembre 2021].

[2] BELLIER, Irène et Patrick KULESZA. « Estimation des peuples autochtones dans le monde » *Peuples autochtones dans le monde. Les enjeux de la reconnaissance*. Paris : L'Harmattan, 2013, p. 335-350.

[3] Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies 61/295 portant Déclaration des droits des peuples autochtones, A/RES/61/295, 13 septembre 2007.

[4] BELLIER, Irène. « La reconnaissance des peuples autochtones comme sujets du droit international. Enjeux contemporains de l'anthropologie politique en dialogue avec le droit. », *Clio@Thémis. Revue électronique d'histoire du droit*. Février 2019, vol.15. p. 1-24.

[5] On peut penser, dans le cadre du Pacifique, à la Papouasie-Nouvelle-Guinée, au Vanuatu ou encore aux îles Salomon. Pour ce qui est de l'Outremer français, la Polynésie française et Wallis et Futuna ont des trajectoires de peuplement et des statuts bien différents de la Nouvelle-Calédonie. Pour la dimension

Cette situation relativement inhabituelle explique une configuration institutionnelle particulière en Nouvelle-Calédonie, qui a conditionné un processus de décolonisation *sui generis,* caractérisé par ce qui est systématiquement décrit comme un « pluralisme institutionnel et juridique »[1]. L'expression exprime l'héritage colonial inscrit dans un appareil institutionnel qui reconnaît la spécificité culturelle kanak à savoir ses « coutumes ». En termes de représentation institutionnelle, cela se traduit par l'existence d'institutions coutumières créées et/ou reconnues par l'État français, à l'image du Sénat coutumier[2], « gardien de l'identité kanak » au niveau territorial, qui peut mobiliser son droit d'expression sur « tous les sujets concernant le pays et son avenir »[3].

Juridictionnellement, ce pluralisme se manifeste dans l'existence de « tribunaux coutumiers », composés d'un magistrat de droit civil, et d'assesseurs coutumiers qui prennent des décisions en fonction de la « coutume » pour toute la matière civile. Ces juridictions

---

comparative des questions de colonisation et de souveraineté, voir LE MEUR, Pierre-Yves et Alexander MAWYER. 'France and Oceanian Sovereignties', *Oceania*. 2022, vol. 92 No. 1. p. 9-30.

[1] SERMET, Laurent. « Juridicité, normativité et pluralisme. De quelques enseignements tirés de la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones » in Ghislain OTIS (éd.). *Méthodologie du pluralisme juridique*. Paris : Karthala, 2012, p. 201-243. ; DICKINS MORRISON, Rowena. "The Charter of the Kanak People: in pursuit of 'cooperative and balanced legal pluralism' in New Caledonia", *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*. Septembre 2016, vol. 48 No. 3. p. 476-521. ; CORNUT, Étienne et Pascale DEUMIER. *La coutume Kanak dans le pluralisme juridique calédonien*. Nouméa : Presses Universitaires de Nouvelle-Calédonie, 2018. ; BIDAUD-GARON, Christine. "Legal Pluralism and Diversity of Interpretation of Fundamental Rights (Common Law, Customary Law, Reservation Related to Indigenous Rights): The Example of New Caledonia New Caledonia", *International Survey of Family Law*. 2019, p. 219-224.

[2] Le Sénat coutumier et les huit conseils coutumiers sont des institutions de la Nouvelle-Calédonie créées par l'Accord de Nouméa signé en 1998. La particularité du Sénat dans la République française est d'être l'institution de représentation des autorités coutumières kanak dans le système institutionnel calédonien. Seize Sénateurs constituant l'assemblée délibérative sont nommés à raison de 2 Sénateurs par conseil coutumier.

[3] SENAT COUTUMIER DE LA NOUVELLE-CALEDONIE. *Présentation du Sénat : rôles, missions, attributions, fondement légal*. En ligne : https://www.senat-coutumier.nc/le-senat-coutumier/presentation-roles-missions-attributions-fondement-legal [consulté le 4 juin 2022].

spéciales sont moins exposées à la lumière publique et médiatique que le Sénat coutumier qui assume un rôle plus politique[1] par l'élaboration de nomes faisant office de projets de société[2].

Au-delà de la question du référendum, la Ligue des droits humains en Nouvelle-Calédonie rappelle, avant la tenue du troisième référendum, que « la décolonisation ne sera pas close le 12 décembre 2021 ». En effet, les institutions mises en place ces trente dernières années ne vont pas disparaître du jour au lendemain et il a été acté qu'au lendemain du référendum, quel que soit le résultat, une phase de transition institutionnelle de dix-huit mois (du 13 décembre 2021 au 30 juin 2023) est enclenchée.

L'Accord de Nouméa dont l'importance est incontestable n'en est pas moins une solution de transition. Au fond, c'est seulement maintenant que les débats et les tensions suscités par l'organisation des référendums sont évacués, que les discussions autour d'un avenir institutionnel durable peuvent être tenues. En effet Léa Havard, rappelle que

> « le grand défi des politiques et de l'État sera de concevoir un statut qui, non seulement corresponde aux aspirations locales, mais aussi qui rentre dans le cadre de la Constitution »[3].

---

[1] DAVID, Carine. « Le Sénat coutumier de Nouvelle-Calédonie, une institution en mutation ? » *Cultures, sociétés et environnement à Vanuatu et dans le Pacifique*. Vanuatu ; Nouvelle-Calédonie : Pacific Dialogues, 2013, p. 159-174. ; DEMMER, Christine et Christine SALOMON. « À propos du Sénat coutumier. De la promotion mélanésienne à la défense des droits autochtones » *La coutume kanak dans l'État. Perspectives coloniales et postcoloniales sur la Nouvelle-Calédonie*. Paris : L'Harmattan, 2017, p. 97-134.

[2] Sur la rédaction de la Charte du peuple kanak voir DICKINS MORRISON, Rowena. « The Charter of the Kanak People ». *Op. cit.* ; BOUQUET-ELKAÏM, Jérôme. 'Comment s'est écrite la Charte du peuple kanak ?' in Ghislain OTIS (éd.). *La rencontre des systèmes juridiques autochtones et étatiques : confrontation ou coopération ? The Intersection of Indigenous Laws and State Law: Confrontation or Cooperation?* Laval : Les Presses de l'Université Laval, 2019, p. 419-444. ; OTIS, Ghislain. « Le projet de Charte kanak: vers la conciliation décolonisée des souverainetés kanak et républicaine ». Colloque "La Charte du peuple kanak". Sénat coutumier, Nouméa. 2014. ; « Le plan Marshall », portant sur les programmes urgents pour corriger les problèmes structurels auxquels ont à faire face les populations autochtones, voir SENAT COUTUMIER. « Document de présentation du Plan Marshall pour l'identité kanak ». En ligne : http://www.senat-coutumier.nc/phocadownload/userupload/planmarshall.pdf [consulté le 10 mai 2016].

[3] GALLIEN-LAMARCHE, Jean-Alexis. « Léa Havard : « L'accord de Nouméa n'aura pas disparu le 13 décembre » », *LNC.nc | Les Nouvelles Calédoniennes, le Journal de Nouvelle-Calédonie*. 9 décembre 2021.

Cela passera nécessairement par une révision de la Constitution (Titre XIII) qui renvoyait jusqu'ici à l'Accord de Nouméa[1]. Cette « période d'instabilité juridique » peut être appréhendée avec inquiétude, ou bien (et ce n'est pas mutuellement exclusif) avec la volonté d'inventer un avenir institutionnel inclusif[2].

Les juridictions coutumières évoluent donc dans ce contexte d'incertitude et de réinvention institutionnelle alors qu'elles sont une conséquence directe du processus de décolonisation négocié en Nouvelle-Calédonie (notamment l'Accord de Nouméa[3] et la loi organique de 1999[4]) et que leur place résulte d'un arrangement dont les tenants et les aboutissants ont fait l'enjeu de débats toujours en cours y compris au sein du milieu académique.

B - Situer la recherche dans ses champs disciplinaires

De nombreuses recherches en sciences sociales portant sur l'histoire de la colonisation ont été menées en Nouvelle-Calédonie[5], des collectes d'ampleur du patrimoine kanak ont été

---

[1] HAVARD, Léa. « 3e référendum en Nouvelle-Calédonie : l'Accord de Nouméa est-il vraiment caduc ? », *Juspoliticum Blog*. 2022.

[2] *Ibid.* ; HAVARD, Léa. « Regard postcolonial sur la construction du peuple calédonien ». *Op. cit.*

[3] Accord sur la Nouvelle-Calédonie signé à Nouméa le 5 mai 1998, *JORF* n° 121 du 27 mai 1998, p. 8039

[4] Loi n° 99-209 du 19 mars 1999 organique relative à la Nouvelle-Calédonie, *JORF* n° 0068 du 21 mars 1999, p. 4197

[5] Voir entre autres BENSA, Alban. « Colonialisme, racisme et ethnologie en Nouvelle-Calédonie », *Ethnologie française*. 1988, vol. 18 No. 2. p. 188-197. ; DAUPHINE, Joël. *Les spoliations foncières en Nouvelle-Calédonie (1853-1913)*. Paris : Éditions L'Harmattan, 1989. ; MERLE, Isabelle. *Expériences coloniales : la Nouvelle-Calédonie, 1853-1920*. Paris : Belin, 1995. ; NAEPELS, Michel. *Histoires de terres kanakes : conflits fonciers et rapports sociaux dans la région de Houaïlou, Nouvelle-Calédonie*. Paris : Belin, 1998. ; SAND, Christophe, Jacques BOLE, et André John OUETCHO. « Les aléas de la construction identitaire multi-ethnique en Nouvelle-Calédonie : quel passé pour un avenir commun ? », *Le Journal de la Société des océanistes*. 2003 No. 117. p. 147-169. ; BENSA, Alban. *Histoire d'une chefferie kanak (1740-1878) : le pays de Koohnê, Nouvelle-Calédonie. Récits paicî*. Paris : Karthala, 2005. ; TREPIED, Benoît. *Une mairie dans la France coloniale : Koné, Nouvelle-Calédonie*. Paris : Karthala, 2010. ; MUCKLE, Adrian. *Specters of Violence in a Colonial Context: New Caledonia, 1917*. Honolulu: University of Hawai'i Press, 2012. ; WAMYTAN, Léon. *Peuple kanak et droit français : du droit de la colonisation au droit de la décolonisation, l'égalité en question*. Nouméa, Nouvelle-Calédonie : Centre de documentation pédagogique de la Nouvelle-Calédonie, 2013. ; CHAPPELL, David A. *The Kanak awakening: The rise of nationalism in New Caledonia*. Honolulu: Center for Pacific Islands Studies and University of Hawai'i Press, 2013. ; MERLE, Isabelle et Adrian MUCKLE. *L'indigénat. Genèses dans l'Empire français, pratiques en Nouvelle-Calédonie*. Paris : CNRS éditions, 2019. ; BARBANÇON, Louis-José. *Le pays du non-dit*. Réédition. Nouméa, Nouvelle-Calédonie : Éditions Humanis, 2019.

réalisées[1] et beaucoup d'analyses ont été produites (et continuent de l'être) s'agissant des enjeux sociaux contemporains traversant la population kanak, au sein d'une société calédonienne, elle-même plurielle[2].

Plus spécifiquement de nombreux chercheurs se sont penchés sur l'étude des juridictions coutumières au cours des années 2010. En effet l'initiative du Sénat coutumier de rédiger un Socle commun des valeurs kanak[3], puis de ratifier une Charte du Peuple kanak[4], a attiré l'attention de plusieurs juristes de France[5] et d'ailleurs[6] ; sans oublier les juristes vivant en

[1] KASARHEOU, Emmanuel et Roger BOULAY. « Un Inventaire du Patrimoine Kanak Dispersé : pour quoi faire ? » *Conférence au centre culturel Jean-Marie Tjibaou*. Nouméa. 2012. ; KASARHEROU, Emmanuel, Gaye SCULTHORPE, Nicolas THOMAS, et al. « Dialogue des cultures et circulations des œuvres », *Les actes de colloques du musée du quai Branly Jacques Chirac*. 12 juin 2017 No. 8. ; BERTIN, Marion. « Archives délaissées, archives retrouvées, archives explorées : les fonds calédoniens pour l'étude du patrimoine kanak dispersé », *Les Cahiers de l'École du Louvre. Recherches en histoire de l'art, histoire des civilisations, archéologie, anthropologie et muséologie*. 5 novembre 2019 No. 14.

[2] SORIANO, Éric. *La fin des Indigènes en Nouvelle-Calédonie : le colonial à l'épreuve du politique : 1946-1976*. Paris : Karthala, 2013. ; MOKADDEM, Hamid. *Kanaky et/ou Nouvelle-Calédonie ?* Nouméa ; Marseille : Expressions la Courte échelle, 2014. ; BOUARD, Séverine, Jean-Michel SOURISSEAU, Vincent GERONIMI, et al. *La Nouvelle-Calédonie face à son destin : Quel bilan à la veille de la consultation sur la pleine souveraineté ?* Paris : Karthala, 2016. ; GAGNE, Natacha et Marie SALAÜN. *Visages de la souveraineté en Océanie : Nouvelle-Zélande, Hawaï, Papouasie-Nouvelle-Guinée, Polynésie française et Nouvelle-Calédonie*. Paris : l'Harmattan, 2010. ; BIDAUD, Christine. *L'identité et le droit*. *Op. cit.*

[3] SENAT COUTUMIER. « Socle Commun des Valeurs Kanak : Synthèse finale décembre 2013 ». En ligne : http://www.senat-coutumier.nc/lesenat- coutumier/nos-publications/rapports-et-documents [consulté le 7 mai 2016].

[4] SENAT COUTUMIER. « La Charte du peuple Kanak. Socle Commun des Valeurs et Principes Fondamentaux de la Civilisation Kanak ».

[5] LECA, Antoine. *Introduction au droit civil coutumier kanak*. Aix-en-Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2014. ; FERAL, François. « L'adoption de la Charte du peuple Kanak de Nouvelle-Calédonie ». ; FERAL, François. « La Charte du Peuple Kanak creuset de politiques kanakes ? » ; FERAL, François et Jérôme BOUQUET-ELKAÏM. « Note juridique sur « la juridicisation de la Charte du peuple kanak et la reconnaissance de la coutume dans l'ordre juridique néo-calédonien". Paris : Éditions de la Maison de la Nouvelle-Calédonie, 2014. ; MADINIER, Anne-Lise. *L'État-nation face à la revendication autochtone : essai sur les institutions juridiques kanakes en Nouvelle-Calédonie*, Doctorat en droit public. Perpignan ; Ottawa : Université de Perpignan via Domitia et Université d'Ottawa, 2018. ; LECA, Antoine. "La coutume kanak dans l'État. Perspectives coloniales et postcoloniales sur la Nouvelle-Calédonie.", *Droit et cultures. Revue internationale interdisciplinaire*. 26 mars 2018 No. 75. p. 229-246. ; FERAL, François et Anne-Lise MADINIER. "Le règlement des conflits Kanaks en Nouvelle-Calédonie", *Les Cahiers de la Justice*. 1er avril 2021, N° 1 No. 1. p. 51-66.

[6] OTIS, Ghislain. « Le projet de Charte kanak : vers la conciliation décolonisée des souverainetés kanak et républicaine ». *Op. cit.* ; DICKINS MORRISON, Rowena. 'The Charter of the Kanak People'. *Op. cit.*

Nouvelle-Calédonie dont les questionnements sont plus anciens[1]. Cette émulation a provoqué des débats quant à la place et au potentiel émancipateur d'un « droit coutumier ». En effet, il ne s'agissait plus seulement de reconnaître la particularité culturelle des Kanak et de mettre en place des institutions dont le but serait de promouvoir la coutume, mais de se servir de cette dernière comme source juridique pour créer un « droit coutumier » qui déplacerait nécessairement le débat.

Un premier essai critique est publié dans la revue *Vacarme* en 2013[2]. Un collectif de chercheurs en sciences sociales alerte quant au potentiel discriminatoire[3] d'une coutume fixée de manière essentialiste, sans tenir compte des transformations continues de la société et des normes sociales kanak, des réalités contemporaines, et de la multiplicité des identités et modes de vie des Kanak[4]. Le droit coutumier représenterait une nouvelle source de discrimination

---

[1] TROLUE, Fote. 'Le magistrat et la coutume : Questions et réponses sur une approche et les pratiques en Nouvelle-Calédonie' in Paul DE DEKKER (éd.). *Coutume autochtone et évolution du droit dans le Pacifique sud*. Paris : L'Harmattan, 1995, p. 146-151. ; LAFARGUE, Régis. *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie : aux sources d'un droit commun coutumier*. Aix-en-Provence : Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003. ; FREZET, Pierre. « Le juge, l'ethnologue et la coutume » *Anthropologie et Droit : Intersections et confrontations*. Droit et Cultures. Paris : Karthala, 2004, p. 161-170. ; FREZET, Pierre. « Justice française en Nouvelle-Calédonie la fin du rêve tropical », *Droit et cultures. Revue internationale interdisciplinaire*. 1er juin 2006 No. 51. p. 229-232. ; FREZET, Pierre. « Des limites de l'approche positiviste dans l'appréhension du droit coutumier kanak », *Droit et Cultures*. 2009, vol. 52 No. 2. ; LAFARGUE, Régis. *La coutume face à son destin*. Paris : LGDJ, 2010. ; CORNUT, Étienne. « La juridicité de la coutume kanak », *Droit et Cultures*. 2010, vol. 2 No. 60. p. 151-175. ; CORNUT, Étienne. « La non-codification de la coutume kanak », *L'intégration de la coutume dans l'élaboration de la norme environnementale*. Bruxelles : Bruylant, 2012, p. 137-157. ; DAVID, Carine. « Réflexions sur l'intégration de la coutume autochtone dans l'élaboration de la norme à partir du cas de la Nouvelle-Calédonie » *L'intégration de la coutume dans l'élaboration de la norme environnementale. Éléments d'ici et d'ailleurs*. Bruxelles : Bruylant, 2012, p. 197-213. ; DAURIAC, Isabelle. « La différenciation des personnes par l'état civil : expérience calédonienne », *Recueil Dalloz*. 2013. p. 2092. ; CORNUT, Étienne. « Les conflits de normes internes en Nouvelle-Calédonie. Perspectives et enjeux du pluralisme juridique calédonien ouverts par le transfert de la compétence normative du droit civil », *Journal du droit international (Clunet)*. 2014 No. 1.

[2] DEMMER, Christine et Christine SALOMON. « Droit coutumier et indépendance kanak », *Vacarme*. 2013 No. 64. p. 63-78. Bien que l'article soit rédigé par Christine Demmer et Christine Salomon, d'autres chercheurs ont collaboré comme Alban Bensa, Christine Hamelin, Michel Naepels, Marie Salaün, Benoît Trépied et Éric Wittersheim, toutes et tous chercheur. e. s reconnu. e. s pour leurs travaux sur la Nouvelle-Calédonie.

[3] Dans le sens où le droit coutumier produit par ses juridictions aurait tendance à renforcer des rapports de force existants au sein de la société kanak, et de pénaliser les membres les plus vulnérables et dominés (femmes, jeunes, minorités sexuelles, clans de rang social inférieur dans la hiérarchie coutumière, etc.)

[4] L'article de Vacarme a fait l'objet de réponses, de la part du Président de la Ligue des droits de l'homme calédonienne, et d'autres chercheurs en sciences sociales. Voir POIGOUNE, Élie. « À l'attention de Mesdames DEMMER, SALOMON, HAMELIN & SALAÜN, de Messieurs BENSA, NAEPELS, TRÉPIED, & WITTERSHEIM, auteurs de l'article « Droit coutumier et indépendance kanak », ainsi

sociale et de violence plutôt qu'une victoire des politiques de reconnaissance, dont les écueils ont été documentés dans d'autres pays[1]. L'hypothèse selon laquelle le droit coutumier serait la pierre angulaire d'un projet de société différentialiste[2], et une reconnaissance de souveraineté interne à peu de frais pour l'État français, a fait l'objet d'une recherche scientifique par un collectif de chercheurs en sciences sociales, financée par le ministère de la Justice[3].

Parallèlement, un autre rapport de recherche également financé par le ministère de la Justice se penche sur la question des juridictions coutumières. Il s'agit cette fois-ci d'un collectif principalement constitué de juristes[4]. Ce collectif s'est intéressé plus précisément à la jurisprudence produite par les juridictions coutumières, ainsi qu'aux domaines que celles-ci pourraient investir[5]. L'équipe de recherche a constitué une base de données regroupant plus de

que de Vincent CASANOVA, Directeur de publication de la revue Vacarme », *Ligue des Droits de l'Homme et du citoyen de Nouvelle-Calédonie*. 9 juillet 2013. ; MERLE, Isabelle. « Au sujet de la "Justice Coutumière en Nouvelle-Calédonie" ou les conditions d'un dialogue post-colonial », *LARJE – Laboratoire de recherches juridique et économique*. Août 2013.

[1] Voir par exemple pour le cas de l'Australie, POVINELLI, Elisabeth A. *The Cunning of Recognition: Indigenous Alterities and the Making of Australian Multiculturalism*. Durham ; London: Duke University Press Books, 2002.

[2] Il s'agirait d'un projet de société suivant des logiques ségrégatives, dont les différentes parties de la population ne se mélangeraient et ne seraient donc pas représentées par les mêmes institutions.

[3] DEMMER, Christine. *Faire de la coutume kanak un droit. Enjeux, histoire, questionnements*. Rapport Convention n° 13.38. Ministère de la Justice, 2016. Ce rapport de recherche a fait l'objet d'une publication l'année suivante. DEMMER, Christine et Benoît TREPIED (éd.). *La coutume kanak dans l'État : Perspectives coloniales et postcoloniales sur la Nouvelle-Calédonie*. Paris : L'Harmattan, 2017.

[4] CORNUT, Étienne et Pascale DEUMIER. *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*. Rapport Convention n° 214.02.18.14. Ministère de la Justice, 2016. Ce rapport de recherche a fait l'objet d'une publication. CORNUT, Étienne et Pascale DEUMIER. *La coutume Kanak dans le pluralisme juridique calédonien*. *Op. cit.*

[5] D'autres recherches plus militantes ont été menées, en coopération avec les autorités coutumières, afin de critiquer le caractère limité et partiel de la reconnaissance et de l'insertion juridique de la coutume par l'État. Ces critiques visent notamment l'exclusion du droit pénal et des possibilités de sanctions par des autorités coutumières pertinentes dans le dispositif actuel. Ces recherches sont principalement portées par un projet de recherche international dirigé depuis la chaire de recherche du Canada sur la diversité juridique et les peuples autochtones, présidée par Ghislain Otis. En France, c'est l'Université de Perpignan, via Domitia qui fait beaucoup de prosélytisme pour une plus grande reconnaissance du droit coutumier en Nouvelle-Calédonie, autour des travaux de François Féral et de ses associé. e. s. FERAL, François et Jérôme BOUQUET-ELKAÏM. « Note juridique sur « la juridicisation de la Charte du peuple kanak et la reconnaissance de la coutume dans l'ordre juridique néo-calédonien". *Op. cit.* ; MADINIER, Anne-Lise. *L'État-nation face à la revendication autochtone*. *Op. cit.* ; FERAL, François et Anne-Lise MADINIER. "Le règlement des conflits Kanaks en Nouvelle-Calédonie". *Op. cit.*

600 décisions produites par les juridictions coutumières entre 1985 et 2016 et en a fait des commentaires thématiques précis[1].

Si la présente thèse a une ambition, c'est moins de faire le point que de faire le pont entre les approches mentionnées plus haut, en prêtant une attention particulière au raisonnement juridique des professionnels du droit siégeant dans ces juridictions coutumières. En effet en s'attachant à restituer le raisonnement juridique des professionnels du droit, j'entends montrer comment se négocie à la marge la question de la souveraineté de ces juridictions - tout du moins aux yeux de ses acteurs principaux.

En effet, cette thèse en droit s'inscrit pleinement dans le champ des *socio-legal studies,* combinant droit et anthropologie[2].

> « The sheer scope of work makes it very difficult to pinpoint precisely what socio-legal studies *is*. (…) Similarly, the diversity of approaches makes it impossible and perhaps undesirable to define a canon for the field. At its broadest, the field of socio-legal studies might be defined as a way of seeing, of recognizing, the mutually constitutive relationship between law and society. »[3]

Plus précisément, le cœur de notre étude consiste à étudier le raisonnement juridique des professionnels du droit à l'aide d'outils et de méthodes importées des sciences sociales[4]. En cela, il s'agit d'aller au-delà des discours consacrés au pluralisme juridique, pour se concentrer sur les opérations du droit, dont l'observation fait l'objet d'une étude approfondie.

Tout en réfutant tout exotisme dans l'approche du fonctionnement des juridictions coutumières, cette recherche vise à réenchanter le regard porté sur le raisonnement juridique

---

[1] Je remercie le Prof. Étienne Cornut de m'avoir donné accès à cette base de données qui a été d'une aide inestimable dans mes recherches.

[2] RILES, Annelise. 'Representing In-Between: Law, Anthropology, and the Rhetoric of Interdisciplinarity', *Cornell Law Faculty Publications*. 1994, Paper 1086. p. 55. ; POTTAGE, Alain et Martha MUNDY (eds.). *Law, anthropology, and the constitution of the social: making persons and things*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. ; GOODALE, Mark. *Anthropology and Law: A Critical Introduction*. New York: NYU Press, 2017. ; CREUTZFELDT, Naomi, Marc MASON, et Kirsten MCCONNACHIE. *Routledge Handbook of Socio-Legal Theory and Methods*. Abingdon: Routledge Handbooks, 2019. ; FOBLETS, Marie-Claire, Mark GOODALE, Maria SAPIGNOLI, et al. *The Oxford Handbook of Law and Anthropology*. Oxford: Oxford University Press, 2020.

[3] CREUTZFELDT, Naomi, Marc MASON, et Kirsten MCCONNACHIE. *Routledge Handbook of Socio-Legal Theory and Methods*. *Op. cit.* p. 4

[4] COLEMANS, Julie et Baudouin DUPRET. *Ethnographies du raisonnement juridique*. Paris : LGDJ, 2018.

des professionnels du droit en rendant compte de leurs activités par des descriptions ethnographiques.

> « Decision-making is not in any circumstances a simple process, and judicial decisions are no exception. When anthropologists are looking for sociological explanations of witchcraft or religious phenomena, they do not hesitate to probe beyond explicit indigenous assertions. The legal pronouncements of judges, however rational and logical in style, should be accorded investigation of the same depth. »[1]

Plus précisément, j'analyserai le cas d'étude, composé principalement de deux affaires de changement de sexe à l'état civil coutumier, sur la base de concepts juridiques, via une méthode qui emprunte à l'anthropologie, et plus particulièrement à la démarche ethnographique, constitutive de la discipline.

C - Délimiter le sujet de la recherche et en soulever les enjeux

Après avoir présenté les mécanismes historiques desquels les juridictions coutumières relèvent ainsi que les différents courants de recherche qui s'y sont intéressés, il faut à présent délimiter le sujet. Si les juridictions coutumières frôlaient la qualification de « terrain surinvesti »[2], il manquait encore une recherche qui fasse le liant entre les différentes approches disciplinaires présentées ci-dessus. Inscrite dans le champ des *socio-legal studies*, cette thèse a dû naviguer entre des concepts paravents, tels que le « pluralisme juridique », ou « la coutume », qui ne permettaient pas d'appréhender véritablement le raisonnement juridique des acteurs du droit. Une affaire s'est présentée de manière fortuite lors d'un terrain de recherche effectué en 2017. Son caractère inhabituel tenait à deux : aspects le magistrat a reçu la justiciable sans les assesseurs coutumiers dans un premier temps révélant une hésitation sur la marche à suivre, qui découlait du sujet traité, à savoir une demande de changement de sexe à l'état civil coutumier. Il existe en effet deux états civils en Nouvelle-Calédonie. La création d'un état civil proprement

---

[1] MOORE, Sally Falk. 'Politics, Procedures, and Norms in Changing Chagga Law', *Africa: Journal of the International African Institute*. 1970, vol.40 No. 4. p. 342. Également cité dans SIMON, Caroline. *La diversité ethno-nationale, un impensé de la justice familiale ? : Analyse des rapports entre les familles à composante migratoire et les professionel.le. s dans l'exercice quotidien de la justice familiale à Bruxelles*, Doctorat en sciences juridiques. Faculté de Droit et de Criminologie. Bruxelles : Université libre de Bruxelles, 2018. p. 2.

[2] CHABROL, Fanny. « Enquêter en milieu convoité. Les terrains surinvestis de l'anthropologie » *Les politiques de l'enquête*. Paris : La Découverte, 2008, p. 229-244.

coutumier se fait par l'arrêté du 21 juin 1934[1], qui régit en l'occurrence le mariage, sa dissolution et les adoptions (soumises à la coutume locale)[2]. Christine Bidaud-Garon précise que l'arrêté de 1934 est modifié une fois en 1954[3], puis en 1955[4], avant d'être régi par une délibération de 1967[5], encore en vigueur aujourd'hui[6]. L'état civil est la plus ancienne marque de reconnaissance par l'État du statut dit « indigène » au départ, puis « particulier », et aujourd'hui « coutumier » ou « civil coutumier ». Christine Bidaud-Garon constate que peu de textes l'ont régi et le régissent aujourd'hui et que malgré une obsolescence certaine, la délibération de 1967 reste la référence en la matière[7]. Autant dire qu'en l'espèce, cette ordonnance ne donnait pas d'indications aux professionnels du droit en termes de raisonnement à adopter ou de marche à suivre. Enfin, c'est la seule demande de ce type à laquelle j'ai assisté pendant mes observations d'audiences. Bien que le sujet traité ne soit pas, en soi, l'objet de mon travail, il importe de constater la rareté numérique des affaires qui s'y rapportent ainsi que,

[1] Arrêté n° 631 du 21 juin 1934, portant création d'un état civil des indigènes, JONC, 15 juillet 1934, pp. 299-301, cité dans *Ibid.*

[2] WAMYTAN, Léon. *Peuple kanak et droit français*. *Op. cit.* p. 141 ; HALPERIN, Jean-Louis. « Entre droit coutumier et droit civil : vers un droit mixte ? Réflexions après une enquête auprès des praticiens du droit », *La coutume kanak dans l'État. Perspectives coloniales et postcoloniales sur la Nouvelle-Calédonie*. Paris : L'Harmattan, 2017, p. 139. ; BIDAUD-GARON, Christine. « L'état civil coutumier » *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*. Ministère de la Justice. Nouméa et Lyon : GIP - Mission de recherche Droit et Justice, 2016, p. 373.

[3] Arrêté n° 1195 du 28 août 1954 modifiant l'arrêté n° 631 du 21 juin 1934 portant création d'un état civil des indigènes, JONC, 13 septembre 1954, p. 453, cité dans BIDAUD-GARON, Christine. « L'état civil coutumier ». *Op. cit.* p. 373

[4] Arrêté n° 1913 du 20 décembre 1955 modifiant l'arrêté 631 du 21 juin 1934 portant création d'un état civil des indigènes, JONC, 26 décembre 1955, p. 691, cité dans *Ibid.*

[5] Délibération n° 189 du 19 novembre 1964, JONC, 21 décembre 1964 p. 1060 *Ibid.*

[6] La délibération est complétée à la marge par une délibération du 18 mai 1994 pour ce qui concerne la rectification des actes ainsi que les transcriptions et mentions des décisions sur les registres de l'état civil mais non de l'état civil coutumier. Voir Délibération n° 314/CP du 18 mai 1994 portant réforme de la procédure civile relative au droit des personnes, au droit de la famille, aux droits de l'enfant, et à diverses dispositions, JONC, 14 juin 1994, p. 1935, cité dans *Ibid.*

[7] En matière de conséquences sur les actes de l'état civil d'une constatation ou d'un changement de statut, d'importants éléments sont également fournis par la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, autrement, seule une circulaire d'application de la délibération du 3 avril 1967 permet d'avoir des indications supplémentaires sur l'état civil coutumier. Voir Circulaire, n° 13-2815/STAG, du 25 août 1967 du Gouverneur de la Nouvelle-Calédonie & Dépendances, relative au fonctionnement de l'état civil des citoyens de statut particulier (prise en application de la délibération 424 du 3 avril 1967), cité dans *Ibid.*

sur un autre registre, des recherches qui portent sur la question trans'[1] chez les Kanak[2]. Bien qu'il y ait manifestement un manque à combler en termes de recherches sur les minorités sexuelles en Nouvelle-Calédonie, ma recherche porte uniquement sur la manière dont le raisonnement juridique appréhende la question du changement de sexe à l'état civil coutumier. En cela elle ne donne aucun éclairage sur le genre, les minorités sexuelles et la manière que les Kanak ou « la coutume » auraient de les penser.

En revanche cette étude peut contribuer aux recherches qui questionnent le caractère patriarcal des juridictions coutumières. Celles-ci sont accusées d'être sujettes à un double patriarcat, kanak et colonial[3]. Sans prendre directement position dans ce débat, décortiquer les opérations du droit qui découlent également de présupposés tirés du sens commun des professionnels du droit permet de comprendre dans quels cas les droits fondamentaux sont mobilisés, et dans quels autres, ils s'amenuisent en raison de l'application d'un cadre coutumier structurant le raisonnement juridique.

Ce qui m'intéresse est de saisir comment les professionnels du droit perçoivent, à l'annonce de cette affaire, une tension avec la manière dont ils font habituellement correspondre les principes dégagés par les précédents et les droits fondamentaux. En cela, le cas d'étude représente à la fois une rupture en ce qu'il réarticule droits fondamentaux et droit coutumier, et une continuité dans le raisonnement juridique, puisque cette réarticulation n'est jamais

---

[1] Les trans' sont des personnes qui ne se reconnaissent pas dans la catégorie de sexe qui leur a été assignée et qui entreprennent d'en changer, médicalement ou non. Ce seul préfixe est préféré aux termes « transsexuel », d'origine médicale, ou « transgenre », d'origine militante, afin de se situer en dehors des controverses à ce sujet. Voir BEAUBATIE, Emmanuel. « Trouble dans le genre grammatical » *Transfuges de sexe*. Paris : La Découverte, 2021, p. 7-8.

De plus, je choisis ici d'écrire « trans' » parce que comme plaidé par Susan Stryker, un signe associé au terme « trans' » (que ce soit un astérisque, une apostrophe ou autre) permet de concevoir de nombreux possibles, et de lui rattacher un réseau de significations multiples, destinées à déstabiliser et complexifier la manière dont on imagine le genre. Voir STRYKER, Susan, Paisley CURRAH, et Lisa Jean MOORE. 'Introduction: Trans-, Trans, or Transgender?', *Women's Studies Quarterly*. 2008, vol. 36 No. 3/4. p. 11-22. ; BEAUBATIE, Emmanuel. *Transfuges de sexe. Passer les frontières du genre*. Paris : La Découverte, 2021.

[2] À ma connaissance, seule une recherche doctorale a été menée sur le sujet à ce jour. Voir MARMOUCH, Maroua. *Transgenres en Nouvelle-Calédonie : discussions intimes sur des parcours de vie wallisiens et quelques parcours kanak*, Thèse de doctorat en cotutelle en anthropologie. EHESS Marseille : Centre de Recherche et de Documentation sur l'Océanie CREDO & Faculté d'anthropologie culturelle et ethnographie de l'Université de Turin, 2015.

[3] NICOLAS, Hélène. « Patriarcat kanak, patriarcat colonial », *Mouvements*. 28 août 2017, n° 91 No. 3. p. 114-121.

complètement stabilisée et qu'elle peut faire l'objet d'une renégociation au cas par cas, comme nous le verrons.

Pour étudier la tension entre les différents ordres normatifs et son dénouement par leur réarticulation, il faut étudier les différentes opérations du droit qui constituent les fils entremêlés dans le nœud des affaires. La tension perçue par les professionnels du droit entre droits fondamentaux et droit coutumier révèle que leur raisonnement juridique est éprouvé par les affaires coutumières. Inversement, le droit coutumier fabriqué par les juridictions est lui aussi mis à l'épreuve par les droits fondamentaux. L'argument de cette thèse est que la fabrique du droit coutumier résulte de l'accumulation de ces épreuves mutuelles entre droit et coutume et que ce processus devient visible quand on déconstruit les opérations qui les soutiennent.

D - Question de recherche et annonce du plan

Les questionnements qui traversent la recherche sont les suivants : **<u>comment la coutume éprouve-t-elle le raisonnement juridique des professionnels du droit et à l'inverse, comment celle-ci est-elle éprouvée par les raisonnements juridiques ?</u>**

Il s'agit ainsi, de manière plus large, de mettre au jour les relations entre coutume et droit. Nous allons procéder en deux temps. Une première partie dressera les cadres à la fois conceptuel, méthodologique et historique par lesquels les juridictions coutumières seront appréhendées (Partie I). Il s'agira de renverser l'approche trop surplombante et *a priori* des juridictions coutumières au prisme du pluralisme juridique, en privilégiant une notion exploratoire, plus proche du terrain, à savoir celle d'épreuve coutumière, émanant de l'observation ethnographique des opérations juridiques à l'œuvre dans le raisonnement juridique des professionnels du droit (Chapitre I). La méthodologie choisie obéit à un principe d'éclectisme raisonné et elle fait la part belle à des comptes rendus détaillés du fonctionnement des juridictions, illustrant l'intérêt d'une pensée par cas (Chapitre II). Les observations faites sur le terrain témoignent d'une vision historique et évolutive de la coutume, et rendent compte d'une articulation ambigüe entre le droit coutumier produit par les juridictions coutumières et les autres ordres normatifs (Chapitre III).

Dans un second temps, l'attention se portera sur le fonctionnement des épreuves coutumières dans le cadre d'observations d'audiences (Partie II). Un échantillon d'affaires représentatives d'une certaine routine du raisonnement juridique sera commenté (Chapitre IV) avant l'examen

du cas d’étude portant sur des demandes de changement de sexe à l’état civil coutumier (Chapitre V).

Première partie

Éprouver le raisonnement juridique des professionnels du droit

I - Dépasser le pluralisme juridique vers un usage des « épreuves coutumières »

Cette recherche s'attache à comprendre comment les professionnels du droit appliquent les règles, en rendant compte de leurs pratiques, et plus précisément de leur raisonnement juridique[1]. Le terrain de recherche étant la Nouvelle-Calédonie, il faut comprendre les particularités attachées à l'étude de ce terrain. En effet, comme mentionné dans l'introduction générale, l'un des legs de la période coloniale, qui a été renforcé dans le processus de décolonisation négocié, est l'existence d'institutions néo-coutumières reconnues et/ou créées au sein des institutions françaises. Ces institutions reposent sur la reconnaissance de la particularité culturelle du peuple kanak, englobées au sein de la notion de « coutume », comme nécessitant un traitement à part[2]. Ce chapitre s'attache à donner un aperçu des différentes manières dont la « coutume kanak » a été prise en compte par les institutions françaises. Ce régime institutionnel et juridique différencié a quasi systématiquement été étudié par le prisme du « pluralisme juridique ». L'intérêt du cas d'étude est qu'il n'en a pas, s'il est lu avec les grilles de lecture reposant sur les notions de « pluralisme juridique » ou de « coutume ». Les deux notions sont utilisées de manière polysémique, notamment dans l'usage qu'en font les professionnels du droit, et ne permettent pas de faire une analyse féconde du cas d'étude. Il s'agit donc de changer de cadre théorique et de se recentrer sur l'étude des « pratiques juridiques » des professionnels du droit (A). Pour donner une visibilité à ces pratiques qui relèvent d'opérations du droit et d'une certaine application des règles, je me sers de la notion « d'épreuve » (B). La notion me sert à éviter un emploi « culturaliste » de la notion de « coutume » et de rendre compte d'un raisonnement juridique – par ailleurs tout à fait routinier et classique – à l'aide d'une typologie des opérations juridiques déployées dans le cas d'étude.

---

[1] COLEMANS, Julie et Baudouin DUPRET. *Ethnographies du raisonnement juridique*. Paris : LGDJ, 2018.

[2] « L'emblématisation de la Coutume comme figure de la légalité autochtone sera l'effet de la détermination kanak à assumer la charge de remplir le fossé ménagé par la colonisation entre l'ordre français et l'organisation sociale indigène. » ASSIER-ANDRIEU, Louis. *Le droit dans les sociétés humaines*. Paris : Nathan, 1996. p. 95.

A - Sortir du pluralisme juridique pour étudier le raisonnement des professionnels du droit

La configuration institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie constitue un héritage colonial encore très présent. Cet héritage se négocie à travers des politiques de décolonisation qui ont consisté principalement à intégrer la notion de « coutume » dans des institutions parallèles aux dispositifs politico-administratifs classiques, et reconnues par l'État français (1). Cette situation est souvent analysée au prisme du concept de « pluralisme juridique » (2), que je vais limiter à un emploi descriptif (2a), pour me concentrer sur les pratiques juridiques des professionnels du droit (2b).

1) L'appréhension de la coutume kanak par le droit

a) La différenciation entre « la coutume » et le droit coutumier

La coutume est l'une des notions fondatrices de l'étude du droit par l'anthropologie. La distinction entre coutume et droit coutumier a préoccupé des générations entières de représentants des sciences sociales et juridiques[1]. Ceci tient aux multiples usages du terme de « coutume », fondamentalement polysémique, ne serait-ce que parce que la coutume est par nature située : la coutume du lieu, du groupe, de l'ethnie[2]. Rappelons quelques principes fondamentaux, exprimés avec beaucoup de justesse par le Prof. Louis Assier-Andrieu :

> « Polysémique l'idée de coutume désigne aussi bien l'essence du droit que l'essence de la culture – elle est alors universelle -, elle traduit aussi bien la relativité ethnique et la diversité populaire qu'elle est le vecteur d'une unification nationale qui fait litière de cette diversité. Elle est pratique et théorie de la pratique, comme un rite qui emporterait le sens et l'identité globale d'une religion. C'est l'agencement de ces paradoxes que nous souhaitons tenter de restituer dans cet aperçu d'un concept à l'architecture si hospitalière qu'elle héberge volontiers une doctrine positive du droit, la critique de cette doctrine et une alternative anthropologique à la pensée juridique. »[3]

---

[1] AXIONOV, Ilia ch. et Larissa SVETCHNIKOVA. « La théorie du droit coutumier dans la recherche : ethnologie, théorie du droit et histoire du droit », *Droit et cultures. Revue internationale interdisciplinaire*. 1er décembre 2005 No. 50. p. 29-48.

[2] ASSIER-ANDRIEU, Louis. « Penser le temps culturel du droit. Le destin anthropologique du concept de coutume », *L'Homme*. 2001 No. 160. p. 67-90.

[3] *Ibid.* p. 68

Le concept est intrinsèquement paradoxal puisqu'il porte en lui l'ambition d'unité, mais aussi de diversité[1]. C'est la « principale voie d'accès des profanes dans le domaine du droit »[2], puisqu'elle représente cet « horizon antipositiviste du droit »[3], et elle traduit aussi bien une composante universelle, que la diversité des pratiques culturelles[4]. La coutume contient aussi une dimension normative, une forme de « juridicité » dans les mots d'Étienne Le Roy[5], ou de « sensibilité juridique » si l'on suit Clifford Geertz[6]. La coutume est principalement liée à un système d'autorités et relève d'un dispositif composé de normes et de sanctions, ce qui explique qu'elle ait pu servir de base d'élaboration à un droit coutumier en premier lieu — et ce quelles que soient les distorsions et réinventions que cette élaboration puisse impliquer[7].

À ces difficultés liées à sa polysémie se rajoutent des différences dans l'appréhension disciplinaire de la notion, qui est aussi cruciale pour les juristes que pour les anthropologues[8] :

> « Dans l'anthropologie moderne, le terme de « coutume » ou de « coutumes », dépouillé de toute connotation juridique, continue longtemps de désigner l'ensemble des pratiques humaines vouées au regard ethnographique en même temps que le principe général, le système ou le code, qui donne sens à l'assemblage de ces pratiques. »[9]

---

[1] ASSIER-ANDRIEU, Louis. « Penser le temps culturel du droit. Le destin anthropologique du concept de coutume », *L'Homme*. 2001 No. 160. p. 73.

[2] *Ibid.* p. 68

[3] *Ibid.*

[4] *Ibid.* p. 73

[5] LE ROY, Étienne. « L'esprit de la coutume et l'idéologie de la loi. Contribution à une rupture épistémologique dans la connaissance du droit africain à partir d'exemples sénégalais contemporains ». Bruxelles : ARSOM, 1983.

[6] GEERTZ, Clifford. *Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropology*. Londres : Fontana Press, 1993. Voir surtout le chapitre 8 : « Local Knowledge: Fact and Law in Comparative Perspective », p. 167-234

[7] « Dès lors qu'est décrite la "coutume" d'un groupement, d'une catégorie sociale, d'une ethnie, d'une population et qu'elle est entendue comme un ordre de pratiques habituelles autonomes sont créées les conditions de l'assujettissement de ces pratiques aux systèmes juridiques pour lesquels la coutume est une source subalterne du droit, facile à soumettre par la loi et le règlement. » ASSIER-ANDRIEU, Louis. *Le droit dans les sociétés humaines*. *Op. cit.* p. 13

[8] KERNEIS, Soazick et Louis ASSIER-ANDRIEU. « L'anthropologie juridique. Éloge d'un détour » *L'histoire du droit en France. Nouvelles tendances, nouveaux territoires*. Paris : Classiques Garnier, 2014, p. 521-532. ; ASSIER-ANDRIEU, Louis. « Difficulté et nécessité de l'anthropologie du droit », *Clio@Thémis*. 2019 No. 15. ; ASSIER-ANDRIEU, Louis. « Chapitre 4. Anthropologie du droit : vacuité et nécessité », *Académique*. 20 octobre 2020. p. 105-127.

[9] ASSIER-ANDRIEU, Louis. « L'idée de coutume ». *Chroniques du juste et du bon*. Paris : Presses de Sciences Po, 2020, p. 62.

Il n'est ainsi pas très surprenant que l'anthropologie du droit ait rencontré des difficultés avec cette notion :

> « C'est singulièrement avec le développement en anthropologie d'une branche spécialisée dans l'étude du droit que le concept de coutume se trouve confronté aux multiples contradictions et paradoxes qu'il convoyait avec un certain bonheur. Le bât blesse particulièrement avec la revendication d'incarner à la fois l'essence du droit, sa substance première et donc universelle, et une forme spécifique de juridicité propre aux sociétés traditionnelles, holistes, sans écriture, sans État. »[1]

Ces raisons expliquent pour partie[2] que le concept de « coutume » ait servi à unifier les mouvements anticoloniaux et les pays composant la « Mélanésie » dans le Pacifique Sud-Ouest et les populations autochtones aux niveaux nationaux. Il ne fallait rien de moins comme bannière pour rassembler un espace aussi fragmenté que les îles du Pacifique[3].

Alan Watson, historien du droit, propose des principes concernant la coutume et sa relation au droit, de manière à la distinguer du droit coutumier. Premièrement, le droit coutumier ne correspond pas nécessairement à la coutume, en ce que celle-ci s'appuie sur des pratiques usuelles et pas sur des décisions de justice[4]. La coutume devient un droit coutumier quand une autorité lui donne cette valeur normative particulière. Les habitudes auxquelles se réfère le concept juridique de coutume, ne sont pas des interprétations juridiques, mais des normes préjuridiques dont le statut peut être rendu légal (ou non) – en conséquence les tribunaux peuvent déclarer un droit coutumier en l'absence d'une coutume claire et certaine[5] - le cas d'étude de cette thèse en est une illustration. En cela, la coutume n'est pas seulement une source du droit, mais aussi une conséquence du droit. Il y a lieu à ce moment, de distinguer coutume et pratique juridique[6]. De même, lorsque la coutume devient une loi, et non plus un droit

---

[1] *Ibid.* p. 67

[2] On peut aussi faire l'hypothèse que le caractère tardif des indépendances océaniennes, qui surviennent alors que les modèles de développement essayés ailleurs sont critiqués, aient favorisé l'option alternative qu'a représenté le *Pacific Way* structuré autour de la notion de coutume ou *kastom*. J'y reviens plus bas.

[3] MOKADDEM, Hamid. « Des divisions intérieures du corps politique néo-calédonien ». *Op. cit.*

[4] "The basis of local customary law is frequently treated as custom rather than judicial precedent even though acceptance of the rule actually stems from local judgments rather than from antecedent local behavior". WATSON, Alan. « An Approach to Customary Law », *University of Illinois Law Review*. 1984 No. 3. p. 571.

[5] "Court decisions declare customary law even when (a) custom is uncertain (…) and (b) there is No. custom." *Ibid.*

[6] DUPRET, Baudouin. *Positive Law from the Muslim World: Jurisprudence, History, Practices*. Cambridge : Cambridge University Press, 2021. p. 156.

coutumier, les sources de cette législation peuvent être coutumières, mais sa nature est législative[1]. Plus fondamentalement, les juristes romains ont mis en place le principe de l'*opinio necessitatis*, qui affirme en somme que le droit est ce que le peuple accepte comme tel. De ce point de vue, la coutume devient droit, quand elle est reconnue comme tel et appliquée comme tel. Par voie de conséquence, si la coutume est un produit des juristes s'appuyant sur des pratiques usuelles ; et le droit coutumier une création d'une autorité le déclarant comme tel, se pose la question de la désignation de cette autorité. Dans le cas de la Nouvelle-Calédonie, ce sont les juridictions coutumières qui déclarent un droit coutumier, dans un cadre législatif français, aux côtés d'institutions de droit civil. En principe, l'unique source formelle des juridictions est la coutume transmise par les assesseurs coutumiers à un magistrat. Mais s'arrêter à ce constat ne permet pas de rendre compte du raisonnement juridique des professionnels du droit. Ma recherche s'appuie donc sur les distinctions suggérées par A. Watson, entre « coutume » et « droit coutumier » pour comprendre comment celui-ci est fabriqué dans le cadre calédonien. La configuration institutionnelle actuelle est néanmoins le résultat d'une prise en compte historique, lourdement marquée par la colonisation, de « la coutume » par les institutions françaises.

b) Une prise en compte évolutive de « la coutume » par les institutions françaises

En Nouvelle-Calédonie, il existait et il existe toujours une notion d'ordre de la coutume, autour de l'idée de « chemin » ou de « voie » dans le monde kanak. Ces « chemins » ou ces « voies » qualifient les liens qui unissent les clans et les tribus kanak et qui permettent de circuler dans les réseaux familiaux tissés par une transmission de savoirs cruciaux concernant les déplacements et les généalogies[2]. Cependant, comme nous allons le voir, le concept tel qu'il

[1] "Custom officially written down as law is equal to law in the form of a statute; the writing however, is not proof that the custom was not previously law." WATSON, Alan. « An Approach to Customary Law ». *Op. cit.* p. 571

[2] LEENHARDT, Maurice. *Gens de la grande terre*. Paris : Gallimard, 1937. ; BENSA, Alban et Jean-Claude RIVIERRE. *Les chemins de l'alliance : l'organisation sociale et ses représentations en Nouvelle-Calédonie, région de Touho, aire linguistique cèmuhî*. Paris : SELAF, 1982. ; BENSA, Alban et Isabelle LEBLIC. *En pays kanak : Ethnologie, linguistique, archéologie, histoire de la Nouvelle-Calédonie*. Paris : Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 2000.

nous est donné à penser aujourd'hui est le résultat d'un plaquage conceptuel de l'État colonial sur des pratiques existantes, qui ne cessent pour autant de se réinventer[1].

Il y a eu au cours de l'histoire coloniale de la Nouvelle-Calédonie plusieurs façons de « rendre compte » de la notion de « coutume » et de la « prendre en compte » dans l'appareil institutionnel – que ces configurations s'apparentent à une formalisation, un tri, une mise par écrit, ou à d'autres procédés[2]. Ces configurations sont systématiquement décrites à l'aide de la notion de « pluralisme juridique » - notamment en raison d'une prise en compte institutionnelle et juridique de plus en plus forte de la coutume dans le processus de « décolonisation négociée ».

Malgré sa polysémie, liée à une surabondance d'usages pratiques et théoriques, la « coutume » est une notion absolument centrale, dans le paysage kanak assurément, mais aussi calédonien dans son ensemble. Son usage fréquent par les acteurs calédoniens pour décrire la situation institutionnelle actuelle, en fait une notion incontournable dans l'étude du droit en Nouvelle-Calédonie[3].

Au cours de l'histoire coloniale, la coutume en Nouvelle-Calédonie est passée du statut de pratiques sociales considérées comme des caractéristiques culturelles intrinsèques – une manière de qualifier l'altérité kanak –, à celui de règles juridiques, remaniées pour s'ajuster aux

---

[1] BRETTEVILLE, Dominik. « « Je ne sais pas ce que c'est, la coutume » : la coutume kanak par-delà tradition et modernité », *Journal de la société des océanistes*. 15 décembre 2018 No. 2. p. 473-486.

[2] GRAILLE, Caroline. « Coutume et changement social en Nouvelle-Calédonie », *Journal de la Société des océanistes*. 1999, vol. 109 No. 2. p. 97-119.

[3] FREZET, Pierre. « Le juge, l'ethnologue et la coutume » *Anthropologie et Droit: Intersections et confrontations*. Droit et Cultures. Paris : Karthala, 2004, p. 161-170. ; COQUELET. « Appréhender l'altérité kanake par le droit: le concept de coutume en question » in Eddy WADRAWANE et Frédéric ANGLEVIEL (éd.). *La Nouvelle-Calédonie: Les Kanaks et l'histoire*. Paris : Les Indes Savantes, 2008, p. 231-253. ; LAFARGUE, Régis. *La coutume face à son destin*. Paris : LGDJ, 2010. ; CORNUT, Étienne. « La juridicité de la coutume kanak », *Droit et Cultures*. 2010, vol. 2 No. 60. p. 151-175. ; DAVID, Carine. « Institutionnalisation de la coutume et processus législatif - Étude comparée dans le Pacifique Sud ». *L'élaboration du socle commun et l'évolution des autorités et institutions coutumières*. Nouméa, Nouvelle-Calédonie, 2012. ; DAVID, Carine. « Réflexions sur l'intégration de la coutume autochtone dans l'élaboration de la norme à partir du cas de la Nouvelle-Calédonie » *Op. cit.* ; DEMMER, Christine et Benoît TREPIED (éd.). *La coutume kanak dans l'État: Perspectives coloniales et postcoloniales sur la Nouvelle-Calédonie*. Paris : L'Harmattan, 2017. ; CORNUT, Étienne et Pascale DEUMIER. *La coutume Kanak dans le pluralisme juridique calédonien*. Nouméa : Presses Universitaires de Nouvelle-Calédonie, 2018.

besoins de l'administration coloniale et donc parfois ressenties comme « imposées »[1]. On ne peut cependant nier le fait que le concept de coutume prend racine dans des pratiques et normes sociales concrètes. Son discours est marqué par une histoire coloniale particulière et des intérêts politiques et institutionnels contemporains — par exemple, par la création d'institutions « coutumières » servant les intérêts de la colonisation (tribus, chefs, propriété collective, etc.), mais aussi par son utilisation par les acteurs coloniaux pour régler des différends internes au monde kanak. De plus, au registre du fonctionnement de formations politiques précoloniales segmentaires[2], s'ajoute un discours très inspiré de l'ethnologie missionnaire, qui s'est intéressée aux configurations sociales kanak bien avant, et plus en détail que l'administration coloniale[3].

Chronologiquement, on peut grossièrement distinguer trois « ères » de prise en compte, voire d'instrumentalisation de la notion de coutume. L'ère coloniale est évidemment celle qui introduit une composante pluraliste[4]. Dans une logique d'administration indirecte, les différentes administrations coloniales en Nouvelle-Calédonie ont opéré une « reconnaissance » de manières de faire « indigènes » qu'ils ont regroupées sous la notion de « coutume ». Cette reconnaissance a également pris la forme d'un tri entre ce qui était acceptable ou utilisable, ou non, aux yeux des administrateurs coloniaux français, ainsi que ce qu'ils comprenaient de ces pratiques « indigènes » ou non. Au fond, la « coutume » telle qu'elle a été comprise et véhiculée par l'ère coloniale est une version réductrice et appauvrie de pratiques mal comprises et peu investies. En effet, à l'inverse d'autres colonies françaises, notamment en Afrique, aucun effort

---

[1] SORIANO, Éric. « Une identité saisie par le droit » *L'avenir statutaire de la Nouvelle-Calédonie. L'évolution des liens de la France avec ses collectivités périphériques*. Paris : La Documentation française, 1997, p. 149.

[2] BENSA, Alban et Jean-Claude RIVIERRE. *Les chemins de l'alliance : l'organisation sociale et ses représentations en Nouvelle-Calédonie, région de Touho, aire linguistique cèmuhî. Op. cit.* ; DEMMER, Christine. *Les héritiers d'Eloi Machoro (1941-1985) : une génération nationaliste au pouvoir à Amâå et Kûöö, villages de Xârâcùù (Canala), Nouvelle-Calédonie*, Thèse de doctorat en ethnologie et anthropologie sociale. Paris : EHESS, 2002.

[3] En particulier l'ouvrage le plus connu, notamment par les anthropologues (mais aussi très critiqués par eux : il est sans doute plus reconnu à l'extérieur de la discipline anthropologique), de LEENHARDT, Maurice. *Do Kamo : la personne et le mythe dans le monde mélanésien*. Paris : Gallimard, 1947.

[4] « Pluraliste » dans le sens où une composante allogène s'impose dans le monde kanak par ailleurs intrinsèquement fragmenté et pluraliste. SAND, Christophe, Jacques BOLE, et André OUETCHO. *Le début du peuplement austronésien de la Nouvelle-Calédonie : données archéologiques récentes*. Nouméa, Nouvelle-Calédonie : Département Archéologie Service Territorial des musées et du Patrimoine, 1996. ; SAND, Christophe, Jacques BOLE, et André OUETCHO. « Les sociétés préeuropéennes de Nouvelle-Calédonie et leur transformation historique. L'apport de l'archéologie » *En pays kanak : Ethnologie, linguistique, archéologie, histoire de la Nouvelle-Calédonie*. Paris : Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 2000, p. 171-194.

de codification, de systématisation ou de mise à l'écrit n'a été effectué en Nouvelle-Calédonie[1]. Malgré plusieurs projets restés lettre morte, le corpus juridique en rapport avec les Kanak reste très faible[2]. Deux éléments sont mis à en place pendant la colonisation qui façonnent le paysage juridique calédonien de manière fondamentale encore aujourd'hui : un statut des personnes distinct – régi par le régime disciplinaire de l'Indigénat jusqu'en 1946[3], et devenu « statut coutumier » dans le cadre de l'accession des Kanak à la citoyenneté ; et un régime juridique foncier distinct, avec des réserves indigènes, devenues terres coutumières avec la loi organique de 1999[4].

Au fond, la coutume est « bordée » par le régime de l'Indigénat - qui est un régime d'exception pénal extrêmement répressif[5] - mais reste peu surveillée ou transformée tant qu'elle ne transpire pas à l'extérieur des réserves. En d'autres termes, les réserves dans lesquelles les Kanak sont enfermés rendent un quelconque mouvement de codification peu nécessaire. L'effet colonial de « juridicisation »[6] de la société kanak, qui est en fait assez faible dans la période despotique (qui se termine en 1946), et qui se manifeste avant tout à travers la création formelle d'entités - telles que les tribus[7] et les districts, chapeautées par des de grands[8] et petits chefs[9] - est à mettre en lien avec les autres mouvements de fond de la colonisation, comme notamment

[1] RENUCCI, Florence, Nora STIRN, et Kathia MART-CHENUT. « Droits autochtones et colonisation » *Vers un jus commune universalisable*. Paris : Éditions Mare & Martin, 2021, p. 111-134. ; RENUCCI, Florence. *Les coutumes dans la fabrique des droits africains*. Paris : Dalloz, 2021.

[2] La seule tentative systématique à ma connaissance par un professionnel du droit est celle d'Éric Rau. RAU, Éric. *Institutions et coutumes canaques*. Paris : Éditions L'Harmattan, 1944.

[3] MERLE, Isabelle et Adrian MUCKLE. *L'indigénat. Genèses dans l'Empire français, pratiques en Nouvelle-Calédonie*. *Op. cit.*

[4] SALOMON, Christine. « Égalité totale ou évolution encadrée et séparée. Retour sur les années 1946-1956 » in Christine DEMMER et Benoît TREPIED (éd.). *La Coutume kanak dans l'État. Perspectives coloniales et postcoloniales sur la Nouvelle-Calédonie*. Paris : L'Harmattan, 2017, p. 49-95.

[5] On pourrait aller jusqu'à dire qu'il s'agit d'un véritable régime disciplinaire au sens de Foucault. FOUCAULT, Michel. *Surveiller et punir : naissance de la prison*. Paris : Gallimard, 1993.

[6] COMMAILLE, Jacques, Laurence DUMOULIN, et Cécile ROBERT. *La juridicisation du politique*. Paris : LGDJ, 2010.

[7] Arrêté du gouverneur n° 147 du 24 décembre 1867 déclarant (…) l'existence légale de la tribu indigène dans l'organisation coloniale de la Nouvelle-Calédonie, *BONC*, 1867, pp. 350-357

[8] 27 octobre 1897 — Arrêté 806 organisant les tribus indigènes et plaçant plusieurs tribus sous l'autorité d'un Grand chef désigné par l'administration. Voir LEBLIC, Isabelle. « Chronologie de la Nouvelle-Calédonie ». *Op. cit.* p. 300

[9] 9 août 1898 — Arrêté créant le district soumis à l'autorité d'un « grand chef » administratif alors que chaque tribu a à sa tête un « petit chef ». Voir *Ibid.*

la ségrégation spatiale[1] et raciale[2], l'exclusion économique et l'idéologie évolutionniste d'une extinction imminente des Kanak[3].

Le deuxième moment que l'on peut identifier dans la prise en compte de l'idée de « coutume » inscrit la Nouvelle-Calédonie dans son contexte océanien, puisque l'idéologie du *Pacific Way* a fortement influencé un discours nationaliste kanak, réclamant l'indépendance du pays dans la seconde partie du XXe siècle. Si en sortant de l'ère coloniale en 1946 — du moins officiellement — on sort d'une ère marquée par une disciplinarisation, un despotisme, un encadrement militaro-administratif, l'héritage de la période coloniale n'en reste pas moins lourd, sous la forme d'un dispositif politico-administratif différencié pour les Kanak. Or le *Pacific Way* est justement un positionnement idéologique qui préconise la différenciation en s'appuyant sur une « coutume » qui a d'ores et déjà digéré des sources aussi diverses que le christianisme imposé par les missionnaires et le socialisme, qui est le courant politique dominant (sous des formes variées) à partir des années 1960 parmi les leaders indépendantistes[4]. Il s'agit alors de cultiver une « grammaire de la différence »[5], dont les modalités d'existence vont faire l'objet de débats tout au long de la seconde moitié du XXe siècle. En effet, en Nouvelle-Calédonie, les discours nationalistes ne se sont pas immédiatement agrégés autour de la coutume — la figure du chef par exemple a été mise en concurrence avec les nouveaux leaders politiques kanak, qui se hissaient au pouvoir à l'aide de logiques ne s'appuyant pas nécessairement sur la coutume[6]. La légitimité démocratique concurrence la légitimité

---

[1] Arrêté n° 153 qui institue le cantonnement des Kanaks et règle la procédure de délimitation des réserves, 6 mars 1876 ; Arrêté du 23 novembre 1897 fixant la procédure de cantonnement des Kanaks (trois hectares cultivables par individu). Voir *Ibid.* Pour des commentaires plus détaillés, voir SAUSSOL, Alain. « L'archipel » *L'héritage : Essai sur le problème foncier mélanésien en Nouvelle-Calédonie*. Paris : Société des Océanistes, 2013, p. 263-304.

[2] MERLE, Isabelle. « De l'idée de cantonnement à la constitution des réserves. La définition de la propriété indigène » *En pays Kanak: Ethnologie, linguistique, archéologie, histoire de la Nouvelle-Calédonie*. Paris : Edition de la Maison des sciences de l'homme, 2000, p. 217.

[3] BENSA, Alban. « Colonialisme, racisme et ethnologie en Nouvelle-Calédonie », *Ethnologie française*. 1988, vol. 18 No. 2. p. 188-197.

[4] CHAPPELL, David A. *The Kanak awakening: The rise of nationalism in New Caledonia*. *Op. cit.*

[5] Expression de STOLER, Ann Laura et Frederick COOPER. *Repenser le colonialisme*. Paris : Payot, 2013. reprise par DEMMER, Christine et Christine SALOMON. « À propos du Sénat coutumier » *Op. cit.* p. 100.

[6] SORIANO, Éric. *Une trajectoire du politique en Mélanésie : construction identitaire et formation d'un personnel politique : l'exemple Kanak de Nouvelle-Calédonie, 1946-1999,* Thèse de doctorat en Science Politique. Montpellier : Montpellier 1, 2000. ; DEMMER, Christine. *Les héritiers d'Eloi Machoro (1941-1985). Op. cit.* ; SORIANO, Éric. *La fin des Indigènes en Nouvelle-Calédonie : le colonial à l'épreuve du politique : 1946-1976*. Paris : Karthala, 2013.

coutumière. Les deux légitimités ne se superposent en tout cas pas exactement. Il en résulte néanmoins une configuration institutionnelle pluraliste, puisqu'un statut coutumier, ainsi qu'un état civil coutumier distinct, sont maintenus pour les Kanak et que le régime foncier reste régi par des règles différentes. Le « pluralisme juridique » calédonien s'inscrit donc dès lors, dans un débat plus large concernant le statut des personnes, le statut des terres et les opportunités de représentation politiques des Kanak dans des institutions séparées. Nous verrons dans les chapitres 3 et 4 que la décision de maintenir un statut des personnes et un statut foncier distincts n'allait pas de soi pour tout le monde, et que les modalités de l'accession à la citoyenneté à travers la possibilité d'une représentation politique kanak ont été âprement négociées entre représentants kanak, mais également avec une forte interférence missionnaire et du gouvernement français.

Troisième phase dans le travail de la notion de coutume, le mouvement autochtoniste s'appuie sur cette « grammaire de la différence » pour promouvoir un « pluralisme juridique coopératif et équilibré »[1], où droit commun[2] et droit coutumier seraient parfaitement à égalité et capable de s'influencer mutuellement. C'est également un mouvement qui veut s'emparer de la sphère juridique pour « déplacer le débat » de la sphère politique à la sphère juridique[3]. Ce mouvement se rattache à un discours autochtoniste global. Ce dernier s'inscrit dans un mouvement décrit comme une forme d'ethnogenèse globale[4], qui a été mise en forme par une série de critères substantiels définis par la Déclaration des Nations Unies sur le droit des peuples autochtones (l'antériorité sur un territoire, l'expérience du colonialisme, la marginalisation vis-à-vis de la société dominante, le souhait de maintenir une identité autochtone[5]). L'adoption de ce discours par le mouvement autochtoniste kanak permet une inscription de leurs revendications dans l'arène des instances internationales – comme le

---

1 SÉNAT COUTUMIER. « La Parole : Socle commun des valeurs Kanak. Journal d'information du Sénat Coutumier de Nouvelle-Calédonie », *La Parole, n° 16*. décembre 2012. ; SENAT COUTUMIER. *La Parole, numéro spécial : Lancement du chantier du Socle Commun des Valeurs Kanak*. 2013. ; SENAT COUTUMIER. *Socle Commun des Valeurs Kanak : Synthèse finale décembre 2013*. 2014.

2 J'utilise l'expression de « droit commun » pour englober le droit français et le droit calédonien, en contrepoint du droit coutumier.

3 PALMIERI, Angela. « L'invité politique : Raphaël Mapou, membre du sénat coutumier "il faut positionner le droit coutumier dans le système juridique" », *Nouvelle-Calédonie 1ère*. 13 mai 2013.

4 MORIN, Françoise. « L'Autochtonie, forme d'ethnicité ou exemple d'ethnogenèse ? », *Parcours anthropologiques*. Janvier 2006, No. 6. p. 54-64.

5 COBO, Jose R. Martinez. *Study of the problem of discrimination against indigenous populations*. Rapport E/CN.4/Sub.2/1986/7 et Add1-4. United Nations - Economic and social Council, 1986.

Comité de décolonisation de l'ONU par exemple[1]. L'autochtonie est un outil rhétorique peu substantiel, capable de recouvrir des contextes extrêmement diversifiés. D'aucuns la qualifieraient d'arme du faible (« *weapon of the weak* »), selon l'expression de James Scott[2].

Rappelons que, si l'ère coloniale a finalement peu judiciarisé la coutume, les projets nationalistes de la seconde moitié du XXe siècle, et surtout la montée du discours autochtoniste, ont progressivement déplacé le débat « politique » vers l'arène « juridique »[3]. La construction d'un nationalisme proprement kanak s'est en partie appuyée sur l'élaboration parallèle, à l'échelle internationale, du discours autochtoniste. Claire Levacher qui a travaillé sur les significations que recouvrait la notion d'autochtonie, ainsi que sur les éléments qui pouvaient déclencher sa mobilisation estime que les politiques de reconnaissances étatiques de la spécificité kanak en sont le fil conducteur[4]. Elle estime également que ce sont les politiques de reconnaissance qui peuvent concourir à la transformation des représentations politiques et coutumières, et que le droit en est un moteur majeur[5]. L'autochtonie est ainsi devenue une forme d'identification politique, enchâssée dans des processus fondamentaux de colonisation et de décolonisation, puisque les droits des peuples autochtones à l'échelle internationale sont fortement associés à des peuples développant des revendications d'autonomie, ou d'indépendance, au sein d'États où ils sont considérés différemment des autres minorités[6]. Soulignons que les leaders indépendantistes kanak ont longtemps refusé d'être des « autochtones », et revendiquaient le fait d'être « la nation », dans un sens non ethnique du

---

[1] GRAFF, Stéphanie. « Autochtonie, décolonisation et politique de "destin commun" : l'interprétation de l'histoire au service de la réconciliation et de la citoyenneté ».

[2] SCOTT, James C. *Weapons of the weak: everyday forms of peasant resistance*. New Haven : Yale University Press, 1985.

[3] En témoigne les recherches de Raphaël Mapou, homme politique et coutumier d'envergure, devenu le premier docteur en droit kanak. Voir MAPOU, Raphael. *Analyse dialectique des transformations du droit en Nouvelle-Calédonie: La civilisation kanak face à l'impérialisme juridique de la France*. Paris : Éditions L'Harmattan, 2020.

[4] BELLIER, Irène. *Peuples autochtones dans le monde : les enjeux de la reconnaissance*. Paris : L'Harmattan, 2013. ; BELLIER, Irène. « La reconnaissance des peuples autochtones comme sujets du droit international. Enjeux contemporains de l'anthropologie politique en dialogue avec le droit. », *Clio@Thémis. Revue électronique d'histoire du droit*. Février 2019, vol. 15. p. 1-24.

[5] LEVACHER, Claire. *De la Terre à la mine ? Les chemins de l'autochtonie en Nouvelle-Calédonie*. Paris : EHESS — Institut de recherche interdisciplinaire sur les enjeux sociaux. Sciences sociales, Politiques, Santé (IRIS), 2016. p. 463.

[6] DASSONVILLE, Stéphane Pessina. *Le statut des peuples autochtones : à la croisée des savoirs*. Paris : Karthala, 2012.

terme[1]. C'est l'accord de Nouméa (1998) qui met l'accent sur une antériorité revendiquée aussi par les indépendantistes, qui permet également une lecture alternative, autochtoniste, des mesures à mettre en place[2]. Toujours est-il que ces instruments développés dans l'arène internationale offrent aux populations autochtones des moyens, juridiques donc, donnant accès à différentes possibilités d'exercice d'une souveraineté interne. Stéphanie Graff a montré comment le droit international s'est progressivement imposé comme un outil privilégié pour les revendications kanak[3]. D'une part, dans l'inscription de la Nouvelle-Calédonie sur la liste des pays à décoloniser des Nations Unies en 1986 ; et parallèlement, en inspirant tout un vocabulaire ayant trait à l'autodétermination et l'autochtonie, dont on peut trouver les prémisses dans la Déclaration de la table ronde de Nainville-les-Roches (1983)[4].

S'ajoute à cela la coexistence de deux systèmes hiérarchiques — le clan, et la chefferie administrative — qui sont retravaillés et reformulés à la lumière de nouvelles influences. L'entrée progressive des Kanak dans la démocratie au cours des années 1950 marque le début de la relecture et de la reformulation d'un système de « références anciennes »[5] à la lumière ce nouveau système de référence que le droit international viendra à représenter, plus tard, dans le courant des années 1980 dans ses prémisses, mais plus systématiquement au début des années 2000. Les mécanismes étatiques de reconnaissance de la spécificité kanak dans le cadre

[1] SALAÜN, Marie. « L'autochtonie kanak au miroir québécois », *Ethnies : droits de l'homme et peuples autochtones : revue trimestrielle de Survival International (France)*. Janvier 2015, vol.21, No. 37-38. p. 194-205.

[2] Voir par exemple la thèse de RAPHAËL MAPOU. *Analyse dialectique des transformations du droit en Nouvelle-Calédonie : l'état colonial républicain face aux institutions juridiques Kanakes*. Perpignan : Université de Perpignan via Domitia, 2018.

[3] GRAFF, Stéphanie. « Quand combat et revendications kanak ou politique de l'État français manient indépendance, décolonisation, autodétermination et autochtonie en Nouvelle-Calédonie », *Journal de la Société des Océanistes*. 2012, vol. 134 No. 1. p. 61–83. ; GRAFF, Stéphanie. « Autochtonie, décolonisation et politique de "destin commun" : l'interprétation de l'histoire au service de la réconciliation et de la citoyenneté » ; GRAFF, Stéphanie. *Autodétermination et autochtonie en Nouvelle-Calédonie*. Institut de hautes études Internationales et du développement, 2015. ; GRAFF, Stéphanie. « Colonisation de peuplement et autochtonie : réflexions autour des questions d'autodétermination, de décolonisation et de droit de vote en Nouvelle-Calédonie », *Mouvements*. 2017 No. 3. p. 24–34.

[4] La table ronde de Nainville-les-Roches s'est déroulée du 8 au 12 juillet 1983. Il s'agit d'une négociation entre les partis indépendantistes, loyalistes et l'État français, et constitue les prémisses de tous les accords qui ont suivi en se positionnant sur les questions d'autodétermination, d'indépendance et d'autochtonie y ont déjà été cadrées. Voir GRAFF, Stéphanie. « Autochtonie, décolonisation et politique de "destin commun" : l'interprétation de l'histoire au service de la réconciliation et de la citoyenneté ». *Op. cit.* p. 70 -73

[5] DEMMER, Christine. *Les héritiers d'Eloi Machoro (1941-1985). Op. cit.*

des processus de décolonisation, ont ainsi contribué au maintien de structures issues de la colonisation, coexistant avec la mobilisation de référentiels internationaux[1]. La Nouvelle-Calédonie est en effet traversée par un mouvement d'ancrage, dans les institutions et le paysage politique, de la culture kanak et de ses aspects qui en ont été institutionnalisés et qui passent par la protection des structures issues de la colonisation, comme l'idée des réserves (devenues la base arrière de la revendication foncière kanak et le noyau des « terres coutumières »[2]) ou d'un statut particulier.

Le maintien d'un statut juridique et d'un régime foncier, distinct pour les Kanak, explique la multiplication des analyses du contexte calédonien au prisme du pluralisme juridique. Ceci est problématique de deux points de vue. D'une part en raison d'un usage par les acteurs calédoniens à des fins idéologiques ; et d'autre part en raison du flou conceptuel d'une notion qui a été, au fil des années, surinvestie de sens différents.

2) Les insuffisances de la notion de pluralisme juridique

La notion de « pluralisme juridique » a souffert de critiques fondamentales visant son emploi analytique. Je propose donc de l'utiliser de manière descriptive dans le cadre d'une situation de pluralisme juridique unitaire, où l'état a le dernier mot en termes de forme comme de fond (a). Évacuer cette question permet ainsi de porter le regard sur les professionnels du droit qui évoluent au sein de cette configuration, et de placer leurs pratiques juridiques au centre de l'étude (b).

---

[1] LEVACHER, Claire. *Les chemins de l'autochtonie en Nouvelle-Calédonie*. *Op. cit.*

[2] Les « terres coutumières » englobent aussi les différentes formes d'attribution de terres de la réforme foncière (attributions claniques, extensions de réserves, GDPL). Voir entre autres LEBLIC, Isabelle. « Représentations du foncier en Nouvelle-Calédonie et identité culturelle kanak. Évolution de ces représentations liée à la revendication identitaire et aux processus de développement économique ». Aix-en-Provence : 3e journées scientifiques de la Société d'écologie humaine, Perceptions et représentations de l'environnement, 1991. ; BENSA, Alban. « Terre kanak : enjeu politique d'hier et d'aujourd'hui. Esquisse d'un modèle comparatif », *Études rurales*. 1992, vol. 127 No. 1. p. 107-131. ; NAEPELS, Michel. *Histoires de terres kanakes*. *Op. cit.* ; DEMMER, Christine. « Nouveaux enjeux fonciers et évolution du nationalisme kanak après l'Accord de Nouméa, Nouvelle-Calédonie » in Jean-Pierre JACOB et Pierre-Yves LE MEUR (éd.). *Politique de la terre et de l'appartenance. Droits fonciers et citoyenneté dans les sociétés du Sud*. Paris : Karthala, 2010, p. 375-403. ; NAEPELS, Michel. « Réforme foncière et propriété dans la région de Houaïlou (Nouvelle-Calédonie) », *Études rurales*. Janvier 2006 No. 177. p. 43-54. ; LE MEUR, Pierre-Yves. « Politique et réforme foncière en Nouvelle-Calédonie : entre rééquilibrages et reconnaissance » *Peuple premier et cohésion sociale en Nouvelle-Calédonie : identités et rééquilibrages*. Aix-en-Provence : Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2012, p. 91-113. ; LE MEUR, Pierre-Yves. « Proof and test: The construction of customary land in New Caledonia » *Spaces of Law and Custom*. Londres : Routledge, 2022, p. 160-178.

a) Circonscrire le pluralisme juridique à une fonction descriptive pour mieux l'abandonner

Le pluralisme juridique, notion phare des *socio-legal studies*, a fait l'objet de débats sur ses apports analytiques. Elle est centrale dans les études sur la Nouvelle-Calédonie tout d'abord parce que la notion est omniprésente dans le discours autochtoniste kanak, et qu'en cela, elle est porteuse d'une description, par les acteurs eux-mêmes, du contexte général[1]. Elle permet aux acteurs calédoniens de rendre compte de la centralité de la notion de « coutume », qui a depuis la colonisation revêtu une place incontournable dans la prise en compte des Kanak par l'administration coloniale puis post-impériale française[2]. En effet, la notion de pluralisme juridique, apparue dans les années 1970 notamment dans les études anthropologiques sur le droit, permet de décentrer l'attention portée au droit étatique, pour rendre compte de phénomènes juridiques plus larges. Comme l'a relevé Sally Falk Moore, « les phénomènes relatifs au droit et ceux qui ressemblent au droit ne trouvent pas tous leur source dans l'État »[3].

L'idée que le droit puisse être autre chose qu'une production étatique est évidemment antérieure aux années 1970. On peut citer les contributions d'auteurs comme Bronislaw Malinowski[4], Eugen Ehrlich[5], George Gurvitch[6] ou encore Karl Llewellyn et Adamson Hoebel[7], à des théories qui avaient en commun une approche pluraliste et non centraliste du droit. Celles-ci étaient néanmoins des tentatives plus ou moins isolées, qui n'étaient pas forcément reliées les unes et autres, contrairement à l'éclosion dans les années 1970-1980 d'une

---

[1] DEMMER, Christine et Christine SALOMON. « À propos du Sénat coutumier ». *Op. cit.*

[2] SORIANO, Éric. *La fin des Indigènes en Nouvelle-Calédonie: le colonial à l'épreuve du politique : 1946-1976*. *Op. cit.*

[3] La version traduite en français est citée dans BERMAN, Paul Schiff. « Le nouveau pluralisme juridique », *Revue internationale de droit économique*. Septembre 2013, vol XXVII No. 1. p. 232.

[4] MALINOWSKI, Bronislaw. *Crime and custom in savage society*. Milano: Mimesis International, 1926.

[5] EHRLICH, Eugen. *Fundamental Principles of the Sociology of Law*. Traduit par Walter L. MOLL. Cambridge, Massachusetts : Harvard University Press, 1936.

[6] GURVITCH, Georges. *L'idée du droit social : notion et système du droit social histoire doctrinale depuis le XVIIe siècle jusqu'à la fin du XIXe* siècle. Paris : Recueil Sirey, 1932. ; GURVITCH, Georges. *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*. Paris : Éditions A. Pedone, 1935.

[7] LLEWELLYN, K.N. et E.A. HOEBEL. *The Cheyenne Way: Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence*. Norman, Oklahoma, États-Unis : University of Oklahoma Press, 1941.

tentative plus collective et intégrée, de promouvoir une étude du droit dans une perspective où l'État n'a plus le monopole, ni de la maîtrise, ni de la production du droit[1].

De nombreux auteurs phares ont ainsi étudié les conditions du partage de la production et de la maîtrise de l'espace normatif entre les systèmes étatiques et non étatiques, ainsi que les espaces juridiques hybrides qui peuvent éventuellement en résulter[2].

La notion de pluralisme juridique est devenue incontournable dans les études en sciences sociales, pour étudier les systèmes juridiques créés durant les processus de colonisation. Qu'il s'agisse de l'idée que des systèmes de droit peuvent coexister[3], ou bien que des systèmes de droits peuvent en incorporer d'autres[4], ce courant d'étude spécifique du pluralisme présupposait, du fait du centrage sur le contexte colonial, une hiérarchie de systèmes juridiques bien distincts, même quand ils étaient superposés. Le pluralisme juridique a donc permis de reconnaître l'existence d'ordres normatifs multiples, dont on pouvait désormais étudier les interactions[5]. L'idée de cette hiérarchie entre systèmes normatifs a toutefois été mise en cause, par des théories de pluralisme juridique plus radicales. Sally Falk Moore est un pilier de cette mouvance, avec sa notion de « *semi-autonomous social fields* » qui peuvent opérer au sein du système juridique officiel, mais ne sont pas entièrement régis par ce dernier. En cela, le droit constitue une norme particulière vis-à-vis des autres types de normes, en raison du fait qu'elle est adossée à l'État. L'intérêt de la notion de « *semi-autonomous social fields* » est ainsi qu'elle permet de mettre « au centre de l'analyse les rapports entre le système juridique officiel et les autres formes d'ordonnancement connectés à celui-ci, mais qui en sont, à certains égards, distincts et indépendants »[6]. Peter Fitzpatrick ajoute sa pierre à l'édifice en conceptualisant les

---

[1] Pour des synthèses exhaustives sur le sujet voir les entre autres, les contributions suivantes : DUPRET, Baudouin. « Pluralisme juridique, pluralité de droits et pratiques juridiques : théories, critiques et reformulation praxéologique », *Revue générale de droit*. 2019, vol. 49 No. 2. p. 591-623. ; GESLIN, Albane. « Une brève historiographie de « pluralisme juridique » : quand les usages d'une notion en font un instrument de luttes politiques », *Clio@Themis. Revue électronique d'histoire du droit*. 8 avril 2021 No. 15.

[2] Pour une synthèse récente et complète sur le sujet, voir l'ouvrage suivant : BERMAN, Paul Schiff (éd.). *The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism*. Oxford: Oxford University Press, 2020.

[3] POSPISIL, Leopold. *Anthropology of law : a comparative theory*. New York, Evanston, San Francisco: Harper & Row, 1971.

[4] LUGARD, Frederick John Dealtry. *The dual mandate in British tropical Africa*. Fifth edition. Londres : F. Cass, 1965.

[5] MERRY, Sally Engle. « Legal pluralism », *Law & Society Review*. 1988, vol. 22. p. 873.

[6] *Ibid.* p. 973

systèmes juridiques comme mutuellement constitutifs et mutuellement influencés à travers leurs interactions[1]. Cette idée est centrale dans le cas de la Nouvelle-Calédonie puisque la configuration institutionnelle normative est souvent considérée comme « hybride » ou « mixte », en vertu de la prise en compte de la « coutume »[2]. Malgré cela, nous allons voir que les interactions entre les différents ordres normatifs sont en réalité hiérarchiques et statocentrées.

Ceci nous amène aux dernières évolutions de la notion de pluralisme juridique qui a fini par englober de nombreux ordres normatifs, y compris officieux, déplaçant ainsi le regard des sociétés coloniales vers toutes les sociétés[3]. Il s'agit donc de se défaire de ce que John Griffiths appelle « l'idéologie du centralisme juridique »[4], qui se résume à une approche positiviste uniquement centrée sur le droit étatique, pour se tourner vers des « formes de réglementation sociale qui puisent dans les symboles du droit dans une mesure plus ou moins grande, mais qui opèrent dans son ombre, ses places de stationnement[5] et même dans la rue, à l'intérieur des bureaux de médiation »[6]. La notion de pluralisme juridique a en dernier lieu été utilisée dans l'examen des relations interétatiques[7].

Si l'on s'en tient à une description de la configuration institutionnelle en Nouvelle-Calédonie, la notion de « pluralisme juridique unitaire » d'André J. Hoekema pourrait y faire écho. Celui-ci dresse le constat que de nombreux pays reconnaissent aujourd'hui la nécessité de transférer un certain nombre de ressources et de pouvoirs aux peuples autochtones. Il fait néanmoins la distinction entre des formes de décentralisation et des formes de pluralisme juridique. Il ne s'agit pas seulement de la description d'une dévolution des pouvoirs à des entités administratives plus locales (décentralisation), mais de l'octroi d'un large éventail de pouvoirs régaliens à des communautés autochtones, qui contribuerait à préserver une identité ainsi que

---

[1] FITZPATRICK, Peter. « Law and Societies », *Osgoode Hall Law Journal*. 1984, vol. 22 No. 1. p. 115-138.

[2] HALPERIN, Jean-Louis. « Entre droit coutumier et droit civil ». *Op. cit.*

[3] BERMAN, Paul Schiff. « Le nouveau pluralisme juridique ». *Op. cit.*

[4] GRIFFITHS, John. « What is legal pluralism? », *The journal of legal pluralism and unofficial law*. 1986, vol. 18 No. 24. p. 2.

[5] Dans cette optique spécifique, l'ouvrage suivant est incontournable : EWICK, Patricia et Susan S. SILBEY. *The common place of law: Stories from everyday life*. Chicago: University of Chicago Press, 1998.

[6] MERRY, Sally Engle. « Legal pluralism ». *Op. cit.* p. 874

[7] BERMAN, Paul Schiff. « Le nouveau pluralisme juridique ». *Op. cit.*

d'affirmer des formes de pouvoir et d'autonomie (pluralisme juridique formel). À l'intérieur de la notion de pluralisme juridique formel[1], il distingue deux situations plus précises, le pluralisme juridique unitaire et le pluralisme juridique égalitaire. Dans le cas du pluralisme juridique unitaire, seul un rôle complémentaire est reconnu aux « droits coutumiers ». Ceux-ci ne sont donc pas autonomes, mais résultent d'un désir exogène à la communauté concernée, de respecter certaines caractéristiques culturellement distinctes et de reconnaître certains droits et procédures. La coexistence de deux ou plusieurs systèmes de droit a été reconnue dans le droit des États — parfois même au niveau constitutionnel, mais le droit étatique se réserve le droit de déterminer unilatéralement la légitimité et le champ d'application des autres systèmes juridiques reconnus. A.J. Hoekema note que souvent, les politiques de reconnaissance du droit autochtone ne vont pas au-delà de cette attention sélective. Il s'agirait même selon lui de politiques de compensation des exactions subies par les membres d'un groupe minoritaire marginalisé.

Par ailleurs, dans un registre plus militant, A.J. Hoekema défend un paradigme de pluralisme juridique égalitaire, dans lequel une véritable autonomie des systèmes juridiques coutumiers est reconnue, au point qu'il est impossible pour le droit étatique d'intervenir ou d'interférer de manière unilatérale[2]. Cela se rapproche par exemple du type de paradigme auquel aspireraient des représentants coutumiers en Nouvelle-Calédonie, quand ils emploient la notion de « pluralisme juridique coopératif et équilibré »[3]. Dans ce cas, l'emploi du terme de « pluralisme

---

[1] A.J. Hoekema distingue le pluralisme juridique social du pluralisme juridique formel. Dans le cas du premier, la coexistence de deux ou plusieurs systèmes de droit dans leur sens social n'a pas été reconnue dans le droit officiel, à l'exception de la possibilité pour les juges, dans certains cas, de prendre en compte dans leurs décisions les sentiments, les opinions et les obligations sociales découlant des normes du droit populaire sans que cela soit un mandat formel de la part du droit étatique. Cependant, cet usage des praticiens du droit exprime une situation de fait qui existe dans de nombreux pays. Lorsque l'État reconnaît l'existence de plusieurs systèmes juridiques, on entre dans le domaine du pluralisme juridique formel. Voir HOEKEMA, André J. « Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario », *El otro derecho*. 2002 No. 26-27. p. 70.

[2] A.J. Hoekema ne nie pas que le pluralisme juridique égalitaire relève davantage du paradigme que d'une réalité dans un autre article : « I must stress here that what I just wrote is a purely normative legal analysis. Empirically, this new plurinational set-up is often not practiced properly by the ruling elites and legal functionaries of a country. In the daily reality, many official state law functionaries sabotage the necessity of taking the cross-cultural situation seriously. » Voir HOEKEMA, André. « The conundrum of cross-cultural understanding in the practice of law », *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*. Janvier 2017, vol. 49 No. 1. p. 69.

[3] SENAT COUTUMIER. *La Charte du peuple Kanak. Socle Commun des Valeurs et Principes Fondamentaux de la Civilisation Kanak*. 2014. ; DICKINS MORRISON, Rowena. « The Charter of the Kanak People: in pursuit of "cooperative and balanced legal pluralism" in New Caledonia », *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*. Septembre 2016, vol. 48 No. 3. p. 476-521.

juridique » revêt une forte charge militante et porte en lui un véritable projet politique. Les droits coutumiers ou droits autochtones locaux seraient tout aussi valables que l'ordre juridique étatique. Il s'agirait en somme de la transformation d'un État national en État « plurinational »[1]. La reconnaissance d'un ordre ou d'ordres juridiques supplémentaires — du moins sur papier et donc en théorie — entraînerait un changement radical de la structure politique de l'État[2].

Pourtant, bien que les tribunaux coutumiers en Nouvelle-Calédonie soient reconnus par la Constitution et mis en place par la loi organique de 1999, ils seraient mieux décrits par la notion de pluralisme juridique unitaire pour deux raisons. D'une part ils sont considérés et vécus comme des institutions « hybrides » par les professionnels du droit, puisqu'un magistrat de droit civil siège aux côtés des assesseurs coutumiers. Pour cette raison, la situation est vécue comme une situation de « pluralisme juridique » selon les acteurs de mon étude. De plus, les tribunaux coutumiers sont complètement insérés dans le système juridique républicain, et répondent à des logiques de hiérarchie des normes, même s'ils s'en distancient en certaines occasions (nous y reviendrons au chapitre III). En cela, ils ne sont pas parfaitement autonomes ou distincts du système juridique étatique. Sous couvert de reconnaissance et d'insertion, on pourrait considérer qu'il s'agit aussi d'une possibilité de contrôle, comme le suggère A. J. Hoekema. Même si les tribunaux échappent a priori à une logique formelle de codification[3], la négociation de leur souveraineté est l'objet d'une négociation sous-jacente et constante. Nous verrons dans le cas d'étude que le travail effectué par les professionnels du droit, et en particulier les magistrats siégeant dans les chambres coutumières, consiste à articuler droits fondamentaux et droit coutumier en essayant de préserver l'autonomie des tribunaux coutumiers — et par extension la souveraineté reconnue au peuple kanak à travers ces institutions coutumières. La description de cette négociation ne peut pas être mise en lumière si l'on y appose la notion de « pluralisme juridique ». Elle nécessite pour une approche plus féconde, l'analyse des pratiques juridiques des professionnels du droit, qui ne peuvent pas être résumées ou comprises à travers le concept de « pluralisme juridique » pour plusieurs raisons.

---

[1] À l'instar des réformes constitutionnelles en Équateur et en Bolivie par exemple. Voir HOEKEMA, André. « The conundrum of cross-cultural understanding in the practice of law ». *Op. cit.* p. 69.

[2] Comme A.J. Hoekema l'affirme : « I must stress here that what I just wrote is a purely normative legal analysis. Empirically, this new plurinational set-up is often not practiced properly by the ruling elites and legal functionaries of a country. In the daily reality, many official state law functionaries sabotage the necessity of taking the cross-cultural situation seriously. » Voir *Ibid.*

[3] CORNUT, Étienne. « La non-codification de la coutume kanak ». *Op. cit.*

b) S’inscrire dans le champ d’étude du raisonnement juridique des professionnels du droit pour y contribuer

La justice coutumière en Nouvelle-Calédonie, qui n’est autre qu’une justice étatique, n’a souvent été étudiée qu’à travers le prisme de la « coutume » ou du « pluralisme juridique ». On en oublierait presque que le travail des professionnels siégeant dans ces institutions ne peut pas être résumé à une « application de la coutume ». Les assesseurs coutumiers ne sont pas simplement des « bouches de la coutume », les magistrats ne peuvent pas être réduits à en être « la plume », au risque de reprendre une vision culturaliste des juridictions coutumières. En effet, il y a une nécessité de rendre compte de ce que font les professionnels du droit en dehors du prisme de « la coutume » (ou de la culture). En se concentrant uniquement sur la notion de coutume, et ce que cette dernière recouvre, on en oublie de regarder les pratiques des chambres coutumières et, leur pendant « invisible »[1], leur raisonnement juridique.

Pour comprendre les ressorts de l’application des règles par les professionnels du droit, il s’agit avant tout de comprendre leurs « pratiques juridiques ». On peut classer les travaux s’intéressant à la question en deux courants. L’un porte sur les acteurs « profanes » (non-juristes) et la manière dont ils mobilisent les règles. Il s’agit en somme des usages sociaux du droit[2]. L’autre courant, celui qui nous intéresse ici, porte sur la façon dont les professionnels du droit mobilisent les règles. Ce courant s’inspire en partie de l’ethnométhodologie qui regroupe les études qui se rattachent à l’analyse des méthodes par lesquelles les acteurs étudiés donnent du sens à leurs actions et s’orientent dans leur système de référence de manière quotidienne et

---

[1] WELLER, Jean-Marc. « Comment décrire ce qu’on ne voit pas ? Le devoir d’hésitation des juges de proximité au travail », *Sociologie du travail*. Septembre 2011, vol. 53 No. 3. p. 349-368.

[2] MERRY, Sally Engle. *Getting justice and getting even: Legal consciousness among working-class Americans*. Chicago : University of Chicago Press, 1990. ; SARAT, Austin. « The law is all over: power, resistance and the legal consciousness of the welfare poor », *Yale JL & Human.* 1990, vol. 2. p. 343. ; EWICK, Patricia et Susan S. SILBEY. « Conformity, contestation, and resistance: An account of legal consciousness », *New Eng. L. Rev.* 1991, vol. 26. p. 731. ; ENGEL, David. « How does law matter in the constitution of legal consciousness? », *How does law matter*. 1998. p. 109-144. ; PELISSE, Jérôme. « A-t-on conscience du droit ? Autour des *Legal Consciousness Studies* », *Genèses*. 2005, vol. 59 No. 2. p. 114. ; ENGEL, David et Jaruwan S. ENGEL. *Tort, Custom, and Karma: Globalization and Legal Consciousness in Thailand*. Stanford : Stanford University Press, 2010. ; SILBEY, Susan S. « Studying Legal Consciousness: Building Institutional Theory from Micro Data », *Droit et société*. Décembre 2018, No. 100 No. 3. p. 685-731. ; COMMAILLE, Jacques et Stéphanie LACOUR. « Les *Legal Consciousness Studies* comme laboratoire d’un régime renouvelé de connaissance sur le droit. Présentation du dossier », *Droit et société*. Décembre 2018, vol. 100 No. 3. p. 547-558. ; WANG, Hsiao-Tan. « Justice, Emotion, and Belonging: Legal Consciousness in a Taiwanese Family Conflict », *Law & Society Review*. 2019, vol. 53 No. 3. p. 764-790.

routinière[1]. Il s'agit en cela de porter une attention particulière à la grammaire pratique des actes[2], voire du langage[3]. Ceci implique de refuser d'adopter une position de surplomb par rapport aux acteurs et aux actions dans lesquelles ils s'engagent[4] (donc de refuser « l'ironie sociologique »[5]). L'ethnométhodologie cherche donc à rendre compte d'une production interne et locale d'ordre, ce dernier étant généré collectivement par des activités ou des actions méthodiques et observables[6] — même quand ces dernières sont apparemment « invisibles »[7].

Dans l'étude des professionnels du droit, il s'agit de comprendre ce qu'est un raisonnement pratique, dans un cadre orienté par des règles juridiques. Baudouin Dupret, par exemple affirme que les pratiques juridiques

> « se développent autour d'un objet de référence identifié par les gens comme du droit (cela peut être du droit étatique, du droit coutumier ou tout autre droit reconnu comme tel). Autrement dit, une pratique juridique est tout ce qui est fait de manière telle que cela ne serait pas fait de cette manière si le droit de référence n'existait pas. »[8]

Les travaux reliés à ce courant d'études ont néanmoins eu tendance à se concentrer sur l'idée d'un droit comme « accomplissement pratique », et donc sur des pratiques, matérielles ou

---

[1] GARFINKEL, Harold. « What is ethnomethodology? », *Studies in Ethnomethodology*. 1977.

[2] DUPRET, Baudouin. « Une grammaire du droit en contexte et en action », *Cahiers d'anthropologie du droit*. Janvier 2006. p. 27-48.

[3] SACKS, Harvey. *Lectures on Conversation, Volumes I and II*. Hoboken : Wiley-Blackwell, 2010.

[4] OGIEN, Albert. « L'idiot de Garfinkel » *L'ethnométhodologie. Une sociologie radicale*. Paris : La Découverte, 2001, p. 57-74.

[5] « Il convient, au contraire, de ne rien présumer théoriquement de phénomènes en dehors de leur description empirique. La conséquence en est, pour le chercheur en sciences sociales, que sa tâche n'est plus de trouver le modèle dont tel ou tel événement est l'instance, mais de chercher à retrouver les mécanismes sociaux qui ont produit cet événement tel qu'il s'est produit. » DUPRET, Baudouin. *Le jugement en action: Ethnométhodologie du droit, de la morale et de la justice en Égypte*. Genève : Librairie Droz CEDEJ, 2006. p. 16.

[6] LYNCH, Michael. « Ethnométhodologie et pratique scientifique : la pertinence du détail », *Cahiers de recherche sociologique*. 1987, vol. 5 No. 2. p. 45-62. ; LYNCH, Michael. « Wittgenstein, règles et épistémologie », *Rue Descartes*. 2001, vol. 31 No. 1. p. 11-59.

[7] COLEMANS, Julie « Ce que les émotions font faire aux professionnels du droit: Jalons pour une approche praxéologique des expressions émotionnelles dans la sphère judiciaire », *Social Science Information*. 2015, vol. 54 No. 4. p. 525-542.

[8] DUPRET, Baudouin. « Pluralisme juridique, pluralité de droits et pratiques juridiques : théories, critiques et reformulation praxéologique », *Revue générale de droit*. 2019, vol. 49 No. 2. p. 620.

physiques, observables[1]. Ce courant de recherche s'inscrit dans une volonté de « respécification praxéologique ».

> « La praxéologie du droit est donc cette tradition qui entend mener l'ethnographie du droit en contexte et en action. Elle entend se saisir du droit dans les particularités de son déploiement, et non comme ressource explicative de schèmes plus vastes. En ce sens, elle respécifie l'objet des sciences sociales du droit, qui passe d'une préoccupation pour ce qu'est le droit à un intérêt pour ce que fait le droit, et comment il le fait. Cette façon de considérer les pratiques juridiques comme objet de recherche de plein droit et non comme prétexte à une perspective critique demeure marginale, bien qu'elle présente des lettres de créance à la fois anciennes et prestigieuses. »[2]

« L'accent n'est donc pas mis sur les seuls acteurs, mais sur leurs pratiques en contexte »[3]. Je m'inscris dans ce courant en ce que je m'intéresse davantage au comment des pratiques juridiques (*know how*) qu'au pourquoi (*know that*), en partant du postulat que le comment influence fortement le pourquoi[4].

Mon objectif est de comprendre comment un jugement de droit coutumier est produit par les professionnels du droit, et en vertu de quel raisonnement. Je considère ainsi que le raisonnement juridique est conditionné par des pratiques, que je cherche à mettre en lumière. Au fond, il s'agit de comprendre comment décident les professionnels du droit[5] (magistrats et assesseurs coutumiers) au sein des juridictions coutumières. Il s'agit de « rendre compte de l'activité juridictionnelle en "prenant le droit au sérieux" (Dworkin 1995) tout en ne déniant pas

---

[1] Il y a par exemple tout un pan de la littérature inspirée de l'ethnométhodologie qui rend compte de l'importance des documents écrits dans les pratiques juridiques. Voir entre autres, RILES, Annelise. « Models and Documents: Artefacts of International Legal Knowledge », *The International and Comparative Law Quarterly*. 1999, vol. 48 No. 4. ; SUCHMAN, Lucy. « Making a case: knowledge and routine work in document production. » *Workplace studies : recovering work practice and informing system design*. Cambridge : Cambridge University Press, 2000, p. 29-45. ; FINE, Agnès. *Etats civils en question: papiers, identités, sentiment de soi*. Paris : Éditions du CTHS, 2008. ; LYNCH, Michael. « Turning a witness: The textual and interactional production of a statement in adversarial testimony », *Law at work. Studies in legal ethnomethods*. 2015. p. 163-189. ; WELLER, Jean-Marc. « Les appuis matériels du raisonnement juridique : décider avec des papiers » in Julie COLEMANS et Baudoin DUPRET (eds.). *Ethnographies du raisonnement juridique*. Paris : LGDJ, 2018, p. 129-154.

[2] COLEMANS, Julie et Baudouin DUPRET. *Ethnographies du raisonnement juridique*. *Op. cit.* p. 224

[3] COLEMANS, Julie et Baudouin DUPRET. « Présentation du dossier thématique « Droit, justice et catégorisations » », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*. Décembre 2021, vol. 86 No. 2. p. 136.

[4] RYLE, Gilbert. « Knowing How and Knowing That: The Presidential Address », *Proceedings of the Aristotelian Society*. 1945, vol. 46. p. 1-16.

[5] TROPER, Michel. *Comment décident les juges. La constitution, les collectivités locales et l'éducation*. Paris : Economica, 2008.

l'autonomie décisionnelle des acteurs »[1]. Le concept d'épreuve coutumière, inspiré de la sociologique pragmatique de l'épreuve[2] et exposé à la section suivante, encapsule ainsi le résultat de l'activité juridictionnelle des professionnels du droit — la production d'un droit coutumier en somme — activité située au sein des juridictions coutumières.

Cette posture de recherche me permet d'assumer un parti pris non culturaliste. En effet, bien que je m'intéresse au fonctionnement des juridictions coutumières calédoniennes, je ne « cherche pas à forcer le secret d'un univers juridique "exotique" »[3]. Je tente au contraire de décrire et d'analyser le fonctionnement des juridictions calédoniennes, dans leur contexte juridique, sans faire de postulats sur leur nature. Ma recherche porte sur la pratique et le raisonnement juridique en tant que tels, et non pas sur « la coutume » ou la culture kanak. Le choix des juridictions coutumières calédoniennes, s'il fallait le justifier en relation à l'intérêt qu'il représente pour l'étude du raisonnement juridique, tient autant à mon parcours personnel qu'académique (j'y reviens au chapitre suivant) et par ailleurs, « il n'y a pas de raison de considérer qu'un contexte donné est en soi plus pertinent, approprié ou digne d'intérêt qu'un autre ».[4]

En revanche, un problème auquel je me suis heurtée est l'invisibilité de ce raisonnement juridique à deux niveaux. D'une part dans le champ académique qui a rendu compte du fonctionnement des juridictions coutumières. D'autre part du fait que le raisonnement juridique n'est en effet pas un objet tangible.

Premièrement, concernant le champ d'études des juridictions coutumières en Nouvelle-Calédonie, les références sont les travaux de Régis Lafargue, mais aussi deux rapports de recherche réalisés en parallèle par une équipe composée principalement d'anthropologues[5], et

---

[1] COLEMANS, Julie. *L'ordinaire du contentieux administratif : Analyse du processus décisionnel au Conseil d'État belge francophone*, Doctorat en Sciences Politiques et Sociales. Liège : Université de Liège, 2014.

[2] LATOUR, Bruno. *Microbes : guerre et paix, suivi de Irréductions*. *Op. cit.* ; BOLTANSKI, Luc et Laurent THEVENOT. *De la justification. Les économies de la grandeur*. Paris : Gallimard, 1991. ; BOLTANSKI, Luc et Ève CHIAPELLO. *Le nouvel esprit du capitalisme*. Paris : Gallimard, 1999. ; AKRICH, Madeleine, Michel CALLON, et Bruno LATOUR. *Sociologie de la traduction. Textes fondateurs*. Paris : Presses de l'École des Mines de Paris, 2006. ; CLAVERIE, Elisabeth. *Les guerres de la Vierge. Une anthropologie des apparitions*. Paris : Gallimard, 2003.

[3] DUPRET, Baudouin. *Le jugement en action*. *Op. cit.* p. 24

[4] *Ibid.*

[5] DEMMER, Christine. *Faire de la coutume kanak un droit. Enjeux, histoire, questionnements*. *Op. cit.*

une autre équipe composée essentiellement de juristes[1]. Si la première équipe a fait un travail fouillé de contextualisation historique[2], quelques études ethnographies[3], et une analyse des impacts institutionnels et sociaux des juridictions coutumières[4] ; la seconde équipe a constitué la première base de données jurisprudentielle des tribunaux coutumiers et en a fait des commentaires exhaustifs contribuant à la mise en lumière d'une sorte de doctrine coutumière[5] (la « coutume judiciaire » comme l'appelait par anticipation Régis Lafargue, un acteur important de la fabrique du droit coutumier en Nouvelle-Calédonie[6]). Au fond, ni les uns ni les autres ne s'attachent véritablement aux pratiques des professionnels du droit et encore moins à leur raisonnement juridique en tant que tel. Les deux études ont en commun de se reposer sur la notion de « coutume », que ce soit pour en comprendre les composantes mises par écrit au fil des décisions, ou bien au contraire pour en dénoncer l'usage qu'en font les professionnels du droit.

Deuxièmement, ma contribution ne se situe ni dans une étude uniquement positiviste des décisions écrites des professionnels du droit, ni dans une évaluation de la conformité des pratiques des professionnels du droit vis-à-vis de la coutume. J'aimerais restituer le raisonnement juridique des professionnels du droit. Néanmoins, Jean-Marc Weller relève qu'il

---

[1] CORNUT, Étienne et Pascale DEUMIER. *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*. Rapport Convention n° 214.02.18.14. Ministère de la Justice, 2016.

[2] SALOMON, Christine. « Égalité totale ou évolution encadrée et séparée. Retour sur les années 1946-1956 » in Christine DEMMER et Benoît TREPIED (éd.). *La Coutume kanak dans l'État. Perspectives coloniales et postcoloniales sur la Nouvelle-Calédonie*. Paris : L'Harmattan, 2017, p. 49-95. ; NAEPELS, Michel. « Une histoire coloniale du "conseil des anciens" en Nouvelle-Calédonie » La *coutume kanak dans l'Etat. Perspectives coloniales et postcoloniales sur la Nouvelle-Calédonie*. Paris : L'Harmattan, 2017, p. 25-48.

[3] CAPO, Manon. « Chapitre 5 — Le recueil de droit coutumier Paicî-Camûkî. « Autopsie » d'un projet classé sans suite » *La coutume kanak dans l'État ; Perspectives coloniales et postcoloniales sur la Nouvelle-Calédonie*. Paris : L'Harmattan, 2017, p. 161-187. ; TREPIED, Benoît. « "Vous avez oublié que vous êtes Kanak !" La justice coutumière face aux nouvelles relations familiales kanak » in Christine DEMMER et Benoît TREPIED (éd.). *La coutume kanak dans l'État. Perspectives coloniales et postcoloniales sur la Nouvelle-Calédonie*. Paris : L'Harmattan, 2017, p. 189-234.

[4] HALPERIN, Jean-Louis. « Entre droit coutumier et droit civil : vers un droit mixte ? Réflexions après une enquête auprès des praticiens du droit » *La coutume kanak dans l'État. Perspectives coloniales et postcoloniales sur la Nouvelle-Calédonie*. Paris : L'Harmattan, 2017, p. 135-160.

[5] CORNUT, Étienne et Pascale DEUMIER. *La coutume Kanak dans le pluralisme juridique calédonien*. Nouméa : Presses Universitaires de Nouvelle-Calédonie, 2018.

[6] LAFARGUE, Régis. *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie: aux sources d'un droit commun coutumier*. *Op. cit.*

peut être difficile de décrire ce que l'on ne voit pas[1]. Le « devoir d'hésitation » des professionnels du droit est pourtant constitutif de la décision comme l'a relevé Bruno Latour dans son travail sur le Conseil d'État[2]. Si l'on suit le texte de Giorgio Blundo sur les pratiques volontairement cachées (comme la corruption), on pourrait également avancer le fait que le raisonnement juridique n'est pas seulement intrinsèquement invisible (il est difficile de s'immiscer dans le crâne d'une personne), mais aussi volontairement invisibilisé (en particulier les hésitations) dans le jugement, et en ce second sens, on peut dire qu'il est caché[3].

Dans le cas d'étude, l'hésitation est l'élément du raisonnement juridique qui en a paradoxalement permis la visibilité. Par ailleurs, méthodologiquement, « la seule manière de pouvoir aborder l'amont de la décision juridictionnelle est d'en parler avec le juge et d'en faire parler le juge »[4]. J'y reviens dans le chapitre suivant. Mon travail sur le raisonnement juridique consiste à rendre visible l'invisible à l'aide d'une étude des différentes opérations du droit à l'œuvre, qui constituent ce que je nomme les « épreuves coutumières » dont l'accumulation au fil des cas permet de produire de manière incrémentale un droit coutumier.

B - Introduire l'épreuve coutumière dans l'étude du raisonnement des professionnels du droit

Le cœur de mon étude portant sur le raisonnement juridique des professionnels du droit, je me sers d'un artefact, les « épreuves coutumières », inspiré de la sociologie pragmatique, pour décrire et disséquer le raisonnement juridique des acteurs de la juridiction coutumière (1). Les épreuves coutumières se déploient à travers des opérations juridiques, dont le cas d'étude analysé dans cette thèse permet de déduire une typologie non exhaustive (2).

---

[1] WELLER, Jean-Marc. « Comment décrire ce qu'on ne voit pas ? » *Op. cit.*

[2] LATOUR, Bruno. *La fabrique du droit*. *Op. cit.*

[3] BLUNDO, Giorgio. « Décrire le caché. Autour du cas de la corruption » in Jean-Pierre OLIVIER DE SARDAN (éd.). *Pratiques de la description*. Paris : Éditions de l'École des hautes études en sciences sociales, 2020, p. 75-111.

[4] COLEMANS, Julie. *L'ordinaire du contentieux administratif*. *Op. cit.* p. 8 note 17

1) La notion d'épreuve coutumière : un artefact dans l'étude du raisonnement juridique

La particularité du cas d'étude résidait pour les professionnels du droit avec qui je travaillais, dans le fait qu'il n'y avait pas de « coutume » claire et identifiable à suivre dans le cas d'une demande de changement de sexe à l'état civil coutumier. Les juridictions coutumières se doivent pourtant de prendre leurs décisions en fonction de celle-ci comme cela a été affirmé par la Cour de cassation en 2005[1].

> « Il résulte de l'article 7 de la loi organique n°99-209 du 19 mars 1999 que les personnes de statut civil coutumier kanak sont régies, pour l'ensemble du droit civil, par leurs coutumes. »[2]

Néanmoins, comme nous l'avons vu plus tôt, la notion de « coutume » reste d'un point de vue théorique un concept insaisissable et fait donc bien souvent l'objet de réifications. Les juridictions coutumières doivent pourtant rendre des jugements sur la base de cette source évanescente. En cela, la juridiction applique à la lettre l'idée de l'activité juridictionnelle et du droit comme « *problem-solver* », théorisée explicitement par Sally Falk Moore et qui correspond également à une certaine idéologie professionnelle des juristes, qui se considèrent parfois comme des « techniciens »[3] :

> « Law is a rational response to social problems. That is the explanation enshrined in many appellate opinions as well as in sociological writings. In this explanation, law is a problem-solving, conflict – minimizing device, consciously arrived at through rational thought in the West and elsewhere. »[4]

Mon étude portant sur les pratiques juridiques des professionnels du droit, ce sont leurs conceptions, leurs raisonnements, leurs logiques, leurs cadres de références et leurs productions intellectuelles qui sont au centre de mon étude. Or, comme je le décrirai plus en détail dans le chapitre suivant, une ethnographie des tribunaux coutumiers permet d'observer un

---

[1] Il est remarquable que très peu de textes encadrent le fonctionnement des juridictions coutumières. Je reviendrai sur ce constat dans le chapitre III de cette thèse.

[2] Cour de cassation, avis n° 005 0011 du 16 décembre 2005, *Bulletin* 2005 avis No. 9 p. 13

[3] Pour un bref état des lieux sur ce qu'est un « bon juriste », voir CHEVALLIER, Jacques. « Qu'est-ce qu'un "bon juriste" ? » in M. VOGLIOTTI (éd.). *Pour une nouvelle éducation juridique*. Paris : L'Hamattan, 2018, p. 55-64.

[4] MOORE, Sally Falk. « Certainties Undone: Fifty Turbulent Years of Legal Anthropology, 1949-1999 », *The Journal of the Royal Anthropological Institute*. 2001, vol. 7 No. 1. p. 95-116.

raisonnement juridique relativement routinier, basé sur leurs précédents, ayant permis de dégager un « cadre coutumier » selon l'expression de Benoît Trépied :

> « Le tribunal promeut et légitime ainsi ce qu'on pourrait appeler un "cadre coutumier" pour le traitement des affaires familiales, qui lie étroitement quatre éléments : l'affiliation clanique, le "geste coutumier", la reconnaissance parentale et l'attribution du nom de famille. » [1]

Je reprendrai cette expression en élargissant ce qu'elle désigne, pour décrire le raisonnement routinier des juridictions coutumières qui orientent leur raisonnement par la vérification de l'existence d'un préalable coutumier — qu'il s'agisse de la production d'actes coutumiers écrits avalisant l'accord des chefs de clans, ou de « gestes coutumiers » présentés et acceptés entre clans. En somme, une bonne partie du travail du tribunal coutumier consiste à vérifier que des étapes coutumières ont été respectées et validées en amont de l'audience, par des autorités coutumières extérieures au tribunal.

L'objet de cette thèse est au fond de voir comment les juridictions coutumières se positionnent vis-à-vis de ce cadre coutumier, qu'il s'agisse d'une application relativement routinière en apparence (chapitre IV) ou d'une distorsion, voire d'un recadrage face à une situation perçue comme inhabituelle (chapitre V).

Ce « cadre coutumier », qu'il soit appliqué à la lettre ou recadré en fonction de situations nouvelles, est le cœur de la fabrique du « droit coutumier ». Il s'agit avant tout d'une production des tribunaux coutumiers de manière à routiniser un raisonnement juridique, mis à l'épreuve par l'application d'une coutume au contenu à stabiliser, par des institutions républicaines — les professionnels du droit sont alors mis à l'épreuve par la coutume. Néanmoins, « l'épreuve »[2] éprouve dans les deux sens : l'oralité et l'insaisissabilité de la coutume est éprouvée par le fonctionnement des juridictions coutumières qui s'insèrent dans un cadre normatif et institutionnel français, de droit civil. La coutume est donc également mise à l'épreuve du droit.

---

[1] TREPIED, Benoît. « "Vous avez oublié que vous êtes Kanak !" La justice coutumière face aux nouvelles relations familiales kanak » *Op. cit.* p. 200.

[2] « Ainsi avons-nous parlé de l'épreuve, en général, comme d'une crise des représentations politico-cognitives dont disposent les acteurs pour juger et agir, en suggérant que le chercheur devait prendre en considération jusqu'aux plus petits troubles concernant ces représentations, tels qu'ils surgissent dans les cours d'action les plus apparemment répétitifs. »LEMIEUX, Cyril. « Jugements en action, actions en jugement. Ce que la sociologie des épreuves peut apporter à l'étude de la cognition » in Fabrice CLEMENT et Laurence KAUFMANN (éd.). *La sociologie cognitive*. Paris : Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 2019, p. 249-274.

Ces « épreuves coutumières » sont d'autant plus visibles quand une instabilité surgit et qu'il y a une crise de représentation — une sortie de la routine en somme.

> « La notion d'épreuve a en effet ceci de particulier qu'elle mène le chercheur à concevoir le monde social comme étant toujours "en train de se faire" (anti-essentialisme) et, en particulier, à envisager les appartenances et les statuts sociaux comme réversibles (capacité). Elle l'oblige, en outre, à prendre systématiquement en compte la résistance que la matérialité du monde oppose aux représentations et aux manipulations humaines (résistance), et à ne pas préjuger à l'avance de la victoire ou de l'échec de certains acteurs (symétrie), en reconnaissant ainsi l'existence, au cœur des rapports sociaux, d'une irréductible part d'incertitude (indétermination relative). »[1]

Utiliser la notion d'épreuve coutumière pour analyser le travail des juridictions coutumières permet d'adopter une posture de recherche anti-essentialiste en partant du principe que la production du droit coutumier est dans une certaine mesure indéterminée et mouvante. Il permet également de s'extraire du surinvestissement de la notion de « coutume » et du débat de ce que celle-ci recouvre. La présente recherche ne révèle en aucun cas ce qu'est la coutume et si les professionnels du droit l'appliquent bien. Puisant dans le concept « d'épreuve d'État » de Dominique Linhardt, on peut avancer que les épreuves coutumières permettent de passer

> « d'un problème abstrait situé du côté des sciences sociales et de leurs capacités de conceptualisation à une *question d'enquête*, une question située donc du côté de la réalité qu'on se propose d'observer, de décrire, d'expérimenter »[2].

L'observation ethnographique des audiences coutumières révèle que des irrégularités viennent toujours remettre en cause une stabilité apparente, comme le démontre la deuxième partie de cette thèse, plaçant les épreuves coutumières sur le même registre que « les épreuves défis »[3]. Le fait de surmonter la crise de représentation débouche sur une continuité ou une nouvelle façon de faire, à l'issue de l'épreuve mutuelle décrite plus haut, entre droit et coutume. Cette double épreuve conduit à un jugement. Or l'accumulation de ces épreuves mutuelles produit de manière incrémentale un droit coutumier identifiable. Le cas d'étude permet de montrer comment les professionnels du droit font face à ces crises de représentations, comment ils surmontent les épreuves à l'aide d'interprétations propres, en partie dictées par le cadre normatif et coutumier dans lesquels ils évoluent. Les épreuves coutumières permettent de

---

[1] LEMIEUX, Cyril. *La sociologie pragmatique*. *Op. cit.*

[2] Souligné par l'auteur. Voir LINHARDT, Dominique. « L'État et ses épreuves. Éléments d'une sociologie des agencements étatiques. » *Op. cit.*

[3] MARTUCCELLI, Danilo. « Les deux voies de la notion d'épreuve en sociologie ». *Op. cit.* p. 50-56

mettre en lumière ce jeu de contrainte et les marges de manœuvre en termes d'interprétation des règles des professionnels du droit. Ceux-ci ne veulent être ni codificateurs ni censeurs de « la coutume » et visent des compromis qu'ils estiment acceptables, notamment en termes de tensions normatives.

La notion d'épreuve renvoie ainsi à des logiques mises en avant par la sociologie pragmatique, qui décompose des processus « macro » en processus « micro » qui s'accumulent et s'agrègent.

> « On pourrait dire, de ce point de vue, que la sociologie pragmatique s'efforce de ne jamais quitter le plan des situations et par conséquent, le niveau "micro". À ceci près, toutefois, que le niveau "micro" n'est pas envisagé dans son opposition avec le niveau "macro", mais au contraire comme le plan où, de situation en situation, le niveau "macro" lui-même est accompli, réalisé et objectivé à travers des pratiques, des dispositifs et des institutions, sans lesquels il pourrait certes être réputé exister, mais ne serait plus en mesure, cependant, d'être rendu visible et descriptible. »[1]

La notion d'épreuve coutumière me permet donc de rendre compte de la manière dont les juridictions appliquent la « coutume » — en prenant en compte son évanescence[2] — et la mettent à l'épreuve des faits, dans la réalité juridique. Pour comprendre les ressorts du fonctionnement des juridictions coutumières, il faut se décharger de la charge conceptuelle, historique et politique très lourde véhiculée par la notion de « coutume » et se distancier de l'usage que les professionnels du droit en font. L'idée « d'épreuves coutumières » permet d'adopter un point de vue descriptif et analytique, tandis que l'usage que font les professionnels du droit de la « coutume » est prescriptif[3]. Utiliser la notion « d'épreuve coutumière » permet donc de recentrer l'attention sur les pratiques juridiques des professionnels du droit, afin de donner un éclairage nouveau à la fabrique du droit coutumier.

Le concept d'« d'épreuves coutumières » relève donc d'une théorie non substantielle, basée sur l'observation du produit d'interactions menées par les professionnels du droit. En d'autres termes, la notion me sert à qualifier la production des professionnels du droit au sein des juridictions coutumières, telles qu'elles sont façonnées et contraintes par la configuration normative en Nouvelle-Calédonie — ce que le concept de pluralisme juridique ne me permet

[1] BARTHE, Yannick, Damien de BLIC, Jean-Philippe HEURTIN, et al. « Pragmatic Sociology ». *Op. cit.*

[2] LINHARDT, Dominique et Cédric Moreau de BELLAING. « Légitime violence ? Enquêtes sur la réalité de l'État démocratique », *Revue française de science politique*. 2005, vol. 55 No. 2. p. 269-298.

[3] GOOD, Anthony. « Folk models and the law », *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*. 2015, vol.47 No. 3. p. 423-437.

pas de faire. Les « épreuve coutumière » seraient, pour l'étude du droit coutumier, « l'objet de valeur »[1] qui permet de rendre compte d'un raisonnement juridique à travers la mise en lumière d'opérations du droit. La notion me permet de montrer que le droit coutumier est produit selon des raisonnements juridiques classiques, et relève d'une typologie d'opérations du droit relativement banales.

2) Les épreuves coutumières dans les opérations du droit : une esquisse de typologie

Les « épreuves coutumières » se logent dans les opérations du droit qui consistent à traiter juridiquement des faits. Une manière d'appréhender tout de même ces pratiques dématérialisées est de combiner données ethnographiques (des entretiens et des observations) et analyse de jugements, pour rendre compte par une description fine des opérations du droit. Celles-ci sont rendues particulièrement visibles par l'hésitation des magistrats (a), doivent être décrites à l'aide d'une terminologie ad hoc (b) qui permet d'élaborer l'esquisse d'une typologie (c).

a) L'analyse du devoir d'hésitation des professionnels du droit

On sait que le droit est construit autour d'une succession d'hésitations tranchées dans un jugement écrit[2]. Le processus pour étudier un raisonnement juridique revient donc à suivre la série de tâtonnements qui produisent la décision. En d'autres termes – latouriens cette fois-ci –

> « Impossible en tout cas, de définir l'expression "dire le droit" si l'on élimine les hésitations, le parcours sinueux, les méandres de la réflexion ; ce n'est pas pour rien que l'on représente la justice aveugle et la balance en main ; c'est qu'elle hésite en effet et qu'elle procède à tâtons… Il nous faut donc la suivre, poussée dans un sens ou tirée de

---

[1] B. Latour utilise en effet l'idée « d'objet de valeur » qu'il emprunte aux sémioticiens. Ceux-ci le définissent la notion « d'objet » de la manière suivante : « L'objet — ou objet de valeur — se définit comme le lieu d'investissement des valeurs (ou des déterminations) avec lesquelles le sujet est conjoint ou disjoint ». Voir GREIMAS, Algirdas Julien et Joseph COURTES. *Sémiotique. Dictionnaire raisonné de la théorie du langage*. Paris : Librairie Hachette, 1979. p. 259. Quant à la notion de « valeur » : « « Le discours narratif se présente souvent sous la forme d'une circulation d'objets de valeur ; son organisation peut alors être décrite comme une suite de transferts de valeurs ». *Ibid.* p. 415. Latour se sert donc de la notion « d'objet de valeur » pour les opérations juridiques qu'il met en valeur dans le processus de prise de décision et donc de la « fabrique du droit » au Conseil d'État. LATOUR, Bruno. *La fabrique du droit*. *Op. cit.* p. 141 et 203

[2] « La recherche de la solution juste se fait nécessairement par des tâtonnements et des hésitations ». FABRE-MAGNAN, Muriel. « Chapitre V. L'argumentation en droit » *Que sais-je?* Paris : Presses Universitaires de France, 2018, p. 76-83.

> l’autre par le poids des préjugés qui ne suffisent jamais à expliquer ses zigzags ; tiraillée dans une direction ou dans l’autre par la présence des textes et des précédents (…). »[1]

Bruno Latour nous livre ainsi l’élément « incontournable au travail judiciaire », à savoir le doute, et sa finalité, la décision[2]. Jean-Marc Weller souligne toutefois que « le travail d’hésitation du magistrat apparaît comme une activité largement équipée », puisqu’elle est encadrée par un ensemble de procédures et de points de droit et d’un agencement proprement matériel[3]. En d’autres termes, « la description minutieuse du travail en acte des magistrats révèle que l’hésitation ne relève en rien d’un manque de savoir-faire ou d’un déficit d’habileté », puisque celle-ci « apparaît contrôlée »[4]. L’hésitation serait « une constante, un élément qui survient systématiquement pour l’ensemble des affaires, quel qu’en soit leur contenu » et « compose très massivement l’ordinaire du travail des juges » avant de « trancher en droit »[5]. Néanmoins, on bute sur une difficulté énoncée plus haut, à savoir que l’hésitation est difficile à observer en tant que telle et son étude n’en serait « qu’une approximation ». Jean-Marc Weller rappelle que

> « L’issue du délibéré, on le sait, c’est le jugement. Et, comme pour n’importe quel jugement, le magistrat doit rédiger un texte, pièce ultime et conclusive qu’il prendra soin de relire et de signer (…). Ce document (…) décrit une implacable mécanique, considérant que ce qui a été dûment établi d’un côté (…) se précipite en une décision de justice parfaitement logique et légitime (…). »[6]

Il conclut ainsi que

---

[1] « Pour aller ainsi, de droite et de gauche, à l’aveuglette, la justice n’utilise que des raisonnements ordinaires, syllogismes interrompus comme nous en employons tous pour mener nos affaires quotidiennes, dont l’ensemble hétérogène ressemble plutôt à un goût, à un flair, à un nez, affaire d’habitude, de culture, d’expérience et de sens commun. Mais ce qu’elle sent, ce qu’elle renifle, si l’on ose dire, se marque dans la nature même des affaires par la présence de gênes, d’ennuis, de troubles, de “miroitements” auxquels elle doit mettre fin par des solutions dont le but semble justement d’apaiser, de clore, de finir, de terminer cette errance. La justice n’écrit droit que par des voies courbes. Autrement dit, si elle refusait d’errer, si elle appliquait une règle, on se saurait la qualifier ni de juste ni même de juridique. Pour qu’elle parle juste, il faut qu’elle ait hésité. » LATOUR, Bruno. *La fabrique du droit. Op. cit.* p. 162 -163

[2] « L’hésitation apparaît incontournable au travail judiciaire. Le magistrat doit, après avoir écouté les parties et étudié les éléments de l’affaire, d’abord douter, puis trancher. » WELLER, Jean-Marc. « Comment décrire ce qu’on ne voit pas ? » *Op. cit.* p. 4

[3] *Ibid.* p. 9

[4] *Ibid.* p. 15

[5] *Ibid.*

[6] *Ibid.* p. 16 -17

> « Bref, le travail dont nous avons proposé une description, a proprement disparu : il est rendu invisible par la doctrine et, de fait, apparaît peu énonçable par les opérateurs eux — mêmes. C'est là un élément important : les "artefacts épistémiques" qui soutiennent les magistrats et leur permettent d'ordonner leurs connaissances débouchent sur une théorie qui efface ce qu'ils font. La difficulté rencontrée dans l'enquête à décrire le travail des magistrats tient aussi à cette disparition. »[1]

Là encore, le raisonnement juridique s'apparente non seulement à une pratique intrinsèquement invisible, mais également volontairement invisibilisée (dans le jugement notamment), et donc cachée[2]. Néanmoins, le cas d'étude qui s'est présenté à moi au sein des juridictions coutumières illustre comme je l'ai mentionné plus haut le caractère fondamental de l'hésitation dans le travail des professionnels du droit dans le processus de prise de décision. Si Jean-Marc Weller rappelle avec justesse les difficultés liées à l'étude de ce « devoir d'hésitation » et donc du raisonnement juridique (invisible ou caché), il m'appartient de proposer une solution.

b) L'adoption d'une terminologie ad hoc

Un élément de la solution est le travail empirique qui sera exposé dans le chapitre suivant. Un autre élément, complémentaire, est l'adoption d'une terminologie appropriée permettant de décrire les opérations du droit mises en œuvre par les professionnels du droit dans leur travail de prise de décision.

Les opérations du droit doivent être décrites en termes génériques et profanes, au sens de non juridiques. En effet, le travail des professionnels du droit se traduit par des opérations intellectuelles qui diffèrent finalement assez peu de ce que font d'autres personnes dans d'autres contextes. L'utilisation de catégories employées par les professionnels du droit eux-mêmes (le vocabulaire juridique) est une réalité sociale que je souhaite expliquer et que je ne peux en ce cas, pas reprendre à mon compte dans l'analyse. De surcroit, les *socio-legal studies* se trouvent à cet égard dans une double impasse si des termes employés par les acteurs eux-mêmes, sont réutilisés pour les expliquer, puisque l'auto (re) production du droit fait partie de la constitution d'un registre d'énonciation spécifique[3] qui est lui-même un paramètre à expliquer, et non pas

---

[1] *Ibid.*

[2] BLUNDO, Giorgio. « Décrire le caché. Autour du cas de la corruption ». *Op. cit.*

[3] LATOUR, Bruno. « Petite philosophie de l'énonciation » in P. BASSO et L. CORRAIN (éd.). *Eloqui de senso. Dialoghi semiotici per Paolo Fabbri, Orizzonti, compiti e dialoghi della semiotica. Saggi per Paolo Fabbri*. Milan : Costa & Nolan, 1998, p. 71-94. ; HERMITTE, Marie-Angèle. « Le droit est un autre monde ». *Op. cit.*

un présupposé. Il est ainsi nécessaire de faire un pas de côté en adoptant une grille analytique qui se distancie du vocabulaire et des concepts juridiques, et de son registre d'énonciation spécifique. C'est la seule manière d'éviter le piège du raisonnement circulaire, obstacle radical à l'explication. En d'autres termes, il s'agit de

> « refuser l'adoption d'un méta-langage sur le droit avant même d'avoir réussi à s'en saisir pour lui-même et en lui-même, en tant qu'il est une pratique empiriquement observable et descriptible ».[1]

c) L'esquisse d'une typologie

Dans les jugements à l'étude (2015 et 2017) on peut discerner de grands types d'opérations juridiques dont nous allons brièvement esquisser une typologie, développée dans le chapitre V de la thèse.

Toute opération juridique consiste en la formulation de catégories juridiques ou d'une qualification juridique des faits[2]. J'ai repéré trois grandes catégories d'opérations du droit — ou « d'objets de valeurs » selon la terminologie Latourienne[3] — qui émergent dans la confrontation des jugements écrits de 2015 et 2017, ainsi que de mes données empiriques.

La première opération juridique consiste en un *cadrage*[4]. Michel Callon emprunte la notion à Erving Goffman pour expliquer la notion économique « d'externalités ».

> « Le cadre établit une frontière à l'intérieur de laquelle se déroulent, de manière relativement indépendante du contexte, des interactions dont la signification et le contenu s'imposent comme une évidence aux protagonistes. »[5]

Le cadre selon Goffman a une double nature qui

> « suppose évidemment des acteurs qui mobilisent des ressources cognitives ainsi que des formes de comportements et de stratégies qui ont été structurés par des expériences antérieures : les acteurs sont capables de se mettre d'accord (cet accord n'ayant évidemment pas besoin d'être explicite) sur le cadre dans lequel leurs interactions vont se dérouler et sur les cours d'action possibles. Mais ce cadrage ne prend pas seulement

---

[1] DUPRET, Baudouin. « Droit et sciences sociales. Pour une respécification praxéologique ». *Op. cit.*

[2] *Ibid.* p. 327

[3] LATOUR, Bruno. *La fabrique du droit*. *Op. cit.* p. 141

[4] GOFFMAN, Erving. *Frame analysis: An essay on the organization of experience*. Cambridge, MA, US : Harvard University Press, 1974.

[5] CALLON, Michel. « La sociologie peut-elle enrichir l'analyse économique des externalités? Essai sur la notion de cadrage-débordement » *Innovations et performances*. Paris : Éditions de l'EHESS, 1999, p. 405.

> appui sur les engagements des acteurs ; il s'ancre dans le monde extérieur, dans divers dispositifs matériels et organisationnels. C'est pourquoi le cadrage met entre parenthèses le monde extérieur, mais sans pour autant abolir toute connexion avec lui. »[1]

Michel Callon va plus loin en déterminant que la notion de cadrage va de pair avec la notion de « débordement ». Celle-ci caractérise les interactions qui « débordent » du cadre, que celles-ci soient considérées comme des « exceptions qu'il faut endiguer et canaliser »[2], ou comme la « règle » (le « cadrage » étant considéré dans ce second cas de figure comme un montage « fragile et couteux »[3]).

Cette notion de cadrage peut s'appliquer sans difficulté aux interactions des professionnels du droit qui m'intéressent. L'élaboration d'un jugement écrit nécessite une série de cadrages pour traduire les faits en normes et insérer la décision dans le bon cadre normatif. Mon cas d'étude représente en ce sens un « débordement », puisque le « cadrage » habituel (le fameux « cadre coutumier » mentionné plus haut) ne s'applique pas. Les professionnels du droit veulent redéfinir (recadrer) les principes dégagés par les précédents (le débordement est contenu), en vertu de la nature de la demande et de la tension perçue entre celle-ci et les droits fondamentaux.

La deuxième opération est une de *validation* par des autorités extérieures au tribunal, mais désignées par celui-ci. Il s'agit principalement de l'expertise médicale et de l'attestation de l'entourage social des justiciables. Le but de l'opération de validation est au fond d'évacuer la question « culturelle » en la remplaçant par des autorités nouvelles (expertise médicale, entourage familial) et elle renforce en cela l'opération de (re) cadrage.

Le troisième type d'opérations regroupe plusieurs mécanismes de *mise en narration*. Il s'agit principalement de jouer avec la temporalité des faits et de broder avec la distance entre les faits et leur appréhension juridique, de manière à rendre la décision indiscutable. Ces opérations permettent également de créer l'illusion d'une continuité malgré les épreuves coutumières, et leur résultat.

Ces opérations du droit deviennent visibles si l'on abandonne la notion de « coutume » qui a tendance à obscurcir le raisonnement juridique. La mise en lumière des opérations du droit qui constituent les « épreuves coutumières » éclairant la fabrique du droit coutumier se fait dans

[1] *Ibid.*

[2] *Ibid.* p. 407-408

[3] *Ibid.* p. 408-412

la combinaison d’une étude approfondie des jugements écrits, avec des données empiriques, produites par un terrain ethnographique et des entretiens qualitatifs semi-dirigés.

II - Analyser le fonctionnement des juridictions coutumières par l'étude d'un *trouble case*

Cette recherche et le choix d'un cas d'étude sont le fruit d'un raisonnement abductif ou bien, pour reprendre l'expression proposée par Olivier de Sardan, s'appuient sur, et construisent des « modèles interprétatifs issus du terrain »[1]. Selon la proposition de Charles Sanders Peirce, la démarche abductive recommande d'observer des faits, guidé par un cadre théorique, dans le but de fournir un principe explicatif de ces faits, à titre d'hypothèse[2]. En cela, il ne s'agit pas d'un raisonnement inductif puisque l'objectif n'est pas une généralisation à partir d'un cas particulier, mais l'établissement d'une causalité pour offrir une explication.

Bien que j'ai vécu en Nouvelle-Calédonie pendant mon adolescence (à ce titre, je suis une *zoreille*[3] comme les autres), je n'y suis allée en la considérant comme mon terrain de recherche, qu'après deux années de masters à Londres et une année de thèse à Paris, passées à lire, réfléchir et conceptualiser le système juridique coutumier. Je ne peux donc pas prétendre m'enraciner dans une approche purement ancrée dans l'immersion sur le terrain (*grounded theory*)[4] à partir de laquelle j'aurais procédé par raisonnement inductif[5]. Si le cas d'étude finalement choisi a attiré mon intérêt, c'est essentiellement par la façon dont il s'est présenté. Je suis « tombée » dessus, en revenant plus tôt d'une pause déjeuner durant laquelle le magistrat en avait profité pour recevoir la justiciable de manière informelle, seul avec la greffière. L'attitude de gêne du magistrat et son hésitation quant à la marche à suivre ont évidemment éveillé mon attention (voir chapitre I).

Dans le cadre d'une démarche réflexive, il convient de souligner que ma connaissance est conditionnée par une approche du terrain familière (j'y ai vécu) et exploratoire (j'ai découvert le système judiciaire calédonien et notamment les juridictions coutumières). De même, les

---

[1] OLIVIER DE SARDAN, Jean-Pierre. « La politique du terrain », *Enquête. Archives de la revue Enquête*. Octobre 1995 No. 1. p. 71-109.

[2] DOUVEN, Igor. « Peirce on Abduction » in Edward N. ZALTA (ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Stanford : Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2021.

[3] Nom que donnent les Calédoniens aux habitants nés en métropole.

[4] GLASER, Barney G. et Anselm L. STRAUSS. *Discovery of Grounded Theory: Strategies for Qualitative Research*. Londres : Routledge, 2017.

[5] BLAIS, Mireille et Stéphane MARTINEAU. « L'analyse inductive générale : description d'une démarche visant à donner un sens à des données brutes », *Recherches qualitatives*. 2006, vol. 26 No. 2. p. 1-18.

professionnels du droit avec qui j'ai travaillé m'ont considérée comme une stagiaire, ou une jeune collègue, par mon affiliation à des facultés de droit ; et en même temps, extérieure à leur monde par mon parcours académique interdisciplinaire et international, et mon intérêt pour les sciences sociales et plus particulièrement l'anthropologie[1]. Mon statut d'initiée, mais non d'experte m'a souvent placée dans une position confortable où les explications m'étaient facilement données sans que l'on simplifie à outrance l'information qui m'était transmise. Avant d'aller sur le terrain, je me suis demandé si mon genre allait être un facteur de difficultés ou non, dans des juridictions qui sont majoritairement masculines[2]. Tous les magistrats siégeant dans les chambres coutumières sont des hommes, excepté quelques juges aux enfants qui organisent plus occasionnellement des audiences coutumières, et une écrasante majorité des assesseurs coutumiers sont des hommes — les greffières et les avocates sont les seules professionnelles du droit au sein des juridictions coutumières que j'ai rencontrées, mais seulement à Nouméa. En province Nord, comme dans les îles, il m'a semblé que les tribunaux étaient largement occupés par des hommes. Néanmoins j'avais été précédée par un nombre non négligeable de chercheurs, comme de chercheuses, étudiant les juridictions coutumières, ce qui explique que professionnels du droit aient été habitués à côtoyer des chercheurs de tout genre. Je pense également que mon statut de jeune chercheuse blanche et zoreille a été fondu dans la masse des chercheurs qui se sont intéressés à la Nouvelle-Calédonie à travers les années[3].

En effet, mon arrivée sur le terrain coïncide avec une période où les juridictions coutumières sont (sur) investies[4] depuis le début des années 2010 par un intérêt croissant de la part de juristes, français comme internationaux, ainsi que des chercheurs en droit comme en sciences sociales. Si cela a moins été le cas par la suite, lors de mon premier terrain de recherche en

---

[1] Mon terrain de recherche a été particulièrement préparé et appréhendé dans une approche interdisciplinaire entre droit et anthropologie, sans exclure les apports théoriques et méthodologiques éventuels des autres sciences sociales. MOORE, Sally F. *Law and anthropology: a reader*. Hoboken, New Jersey : Wiley-Blackwell, 2004. ; ANDERS, Gerhard. « Law at its limits: interdisciplinarity between law and anthropology », *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*. 2015, vol. 47 No. 3. p. 411-422. ; GOODALE, Mark. *Anthropology and Law. Op. cit.* ; FOBLETS, Marie-Claire, Mark GOODALE, Maria SAPIGNOLI, et al. *The Oxford Handbook of Law and Anthropology*. *Op. cit.*

[2] BLONDET, Marieke. « Le genre de l'anthropologie. Faire du terrain au féminin » *Les politiques de l'enquête*. Paris : La Découverte, 2008, p. 59-80.

[3] Je n'ai ainsi encore pas fait les frais de critiques ouvertes et explicites concernant mon travail, probablement parce que celui-ci est encore relativement confidentiel. GAGNE, Natacha. « Le savoir comme enjeu de pouvoir. L'ethnologue critiquée par les autochtones » *Les politiques de l'enquête*. Paris : La Découverte, 2008, p. 277-298.

[4] CHABROL, Fanny. « Enquêter en milieu convoité. » *Op. cit.*

2016, il n'était pas rare que nous soyons jusqu'à quatre observateurs supplémentaires pendant les audiences coutumières à Nouméa, pourtant supposées se tenir à huis clos. La plupart du temps, les observateurs additionnels sont des stagiaires (que ce soit pour les métiers d'avocat, de magistrat ou de greffier). Il m'est arrivé une fois en 2016 d'assister à la même audience que B. Trépied, qui finissait son terrain de recherche sur les juridictions coutumières, entamé en 2012. Cela est dû au fait qu'au moins trois gros projets de recherche ont été menés sur les juridictions coutumières à partir du début des années 2010[1]. De plus, un documentaire a été réalisé sur les juridictions coutumières en 2013[2]. De même, la presse calédonienne[3], et plus rarement la presse française[4], se sont régulièrement intéressées aux juridictions coutumières. Le personnel des chambres coutumières était donc habitué à gérer les observateurs extérieurs et a été très accueillant avec moi[5].

En vertu de l'approche abductive dans cette recherche, c'est l'analyse du cas d'étude qui a entraîné la nécessité d'un éclectisme raisonné combinant plusieurs méthodes. Cet éclectisme méthodologique est orienté par les besoins de la problématique et du terrain permettant de la

---

[1] Deux de ces recherches ont été financées par le ministère de la Justice dans le cadre des Missions Droit et Justice. Voir CORNUT, Étienne et Pascale DEUMIER. *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*. *Op. cit.* ; DEMMER, Christine. *Faire de la coutume kanak un droit. Enjeux, histoire, questionnements*. *Op. cit.* Une équipe de recherche s'insère dans un projet de recherche international comparé sur les droits autochtones, chapeauté par le Professeur Ghislain Otis à l'Université d'Ottawa, qui s'est achevé en 2019. OTIS, Ghislain. *Deux ailes pour voler | Chaire de recherche du Canada*. En ligne : https://www.legitimus.ca/ [consulté le 15 mai 2020].

[2] BEAUDUCEL, Éric. *Une justice entre deux mondes*. 2013. 54 min.

[3] LNC. « La justice en Calédonie : ils courent, ils courent, les juges », *LNC.nc | Les Nouvelles Calédoniennes, le Journal de Nouvelle Calédonie*. 12 mars 2003. ; LNC. « La justice à domicile », *LNC.nc | Les Nouvelles Calédoniennes, le Journal de Nouvelle Calédonie*. 7 juillet 2007. ; CHATEL, Pierrick. « Robert Blaser : Coutume et justice peuvent cohabiter dans certains domaines », *LNC.nc | Les Nouvelles Calédoniennes, le Journal de Nouvelle Calédonie*. 19 juillet 2008. ; LNC. « Une robe noire sur le sable blanc », *LNC.nc | Les Nouvelles Calédoniennes, le Journal de Nouvelle Calédonie*. 1 novembre 2009. ; MAINGUET, Yann. « « Le droit coutumier est bel et bien un droit nouveau » », *LNC.nc | Les Nouvelles Calédoniennes, le Journal de Nouvelle Calédonie*. 4 novembre 2014. ; HOUILLON, Céline. « La justice accentue la proximité », *LNC.nc | Les Nouvelles Calédoniennes, le Journal de Nouvelle Calédonie*. 14 mars 2017. ; GALLIEN-LAMARCHE, Jean-Alexis. « Un troisième juge attendu avant la fin 2018 à Koné », *LNC.nc | Les Nouvelles Calédoniennes, le Journal de Nouvelle-Calédonie*. 24 mars 2018.

[4] LE MONDE. « L'organisation de la justice en Nouvelle-Calédonie Le droit coutumier mélanésien sera davantage pris en compte », *Le Monde*. 6 avril 1989 . ; LAMBERT, Elise. « Grand format. "C'était la France mais je n'avais plus aucun repère" : voyage au cœur de la Nouvelle-Calédonie, ce "caillou" tiraillé entre deux mondes », *France info*. 4 octobre 2019.

[5] Mes interlocuteurs, magistrats, assesseurs coutumiers et greffiers notamment, avaient donc une certaine habitude à « se mettre en récit ». Voir GRARD, Julien. « Devoir se raconter. La mise en récit de soi, toujours recommencée » *Les politiques de l'enquête*. Paris : La Découverte, 2008, p. 143-163.

nourrir[1]. Laura Nader encourage l'éclectisme parce que la fidélité à une seule méthode ou technique ne peut pas couvrir toutes les contraintes qui émergent de problématiques liées à un terrain de recherche[2]. En l'occurrence, l'étude de cas a visé à rendre visibles les opérations du droit qui constituent autant « d'épreuves coutumières » dans le raisonnement juridique des professionnels du droit. Atteindre cet objectif nécessite une connaissance extensive du terrain, à savoir les juridictions coutumières et ses acteurs, les professionnels du droit. La pensée par cas[3], caractéristique de cette thèse, est donc enrichie d'une démarche ethnographique multisituée[4], combinant de manière complémentaire observations, entretiens et dépouillements des sources écrites[5].

Dans le cadre de l'analyse du cas d'étude, ce matériau très fécond est mobilisé à différents escients. Après être « tombée » sur le cas choisi pour développer l'étude du raisonnement juridique des professionnels du droit et des épreuves coutumières, je n'ai pas assisté à l'audience en tant que telle. Celle-ci a eu lieu entre mes deux premiers terrains de recherche et je n'ai pu y avoir accès que grâce au magistrat M3 qui a bien voulu me communiquer le jugement. À ce titre, je n'ai jamais eu accès au dossier de l'affaire[6], rendant une étude intertextuelle de la décision impossible[7]. En revanche, j'ai pu réaliser des entretiens approfondis

---

[1] OLIVIER DE SARDAN, Jean-Pierre. « La politique du terrain » *Op. cit.*

[2] NADER, Laura. « Moving On – Comprehending Anthropologies of Law » dans June STARR et Mark GOODALE (ed.). *Practicing ethnography in law: New dialogues, enduring methods*. New York: Palgrave Macmillan, 2002, p. 190–201.

[3] PASSERON, Jean-Claude et Jacques REVEL (éd.). *Penser par cas*. Paris : École des hautes études en sciences sociales, 2005.

[4] MARCUS, George E. et FISCHER Michael M. J. *Anthropology as cultural critique : an experimental moment in the human sciences : an experimental moment in the human sciences*. 2ed. Chicago : University of Chicago Press, 1999.

[5] BEAUD, Stéphane. « L'usage de l'entretien en sciences sociales. Plaidoyer pour l'«entretien ethnographique» », *Politix. Revue des sciences sociales du politique*. 1996, vol. 9 No. 35. p. 226-257. ; DINGWALL, Robert. « Accounts, interviews and observations », *Context and method in qualitative research*. 1997. p. 51-65. ; MARCUS, George E. *Ethnography through thick and thin*. Princeton : Princeton University Press, 1998. ; STARR, June et Mark GOODALE (eds.). *Practicing ethnography in law: New dialogues, enduring methods*. New York : Palgrave Macmillan, 2002. ; MÁRQUEZ PORRAS, Raúl. « A call for ethnographying the judiciary (beyond the courtroom) », *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*. Septembre 2021, vol. 53 No. 3. p. 419-423.

[6] Ceci est dû principalement à des professionnels du droit surchargés de travail et hésitants à me fournir des données à caractère personnel.

[7] DUPRET, Baudouin. *Le jeu des répertoires juridiques positif et islamique en Égypte : le droit, entre théorie critique, sociologie et anthropologie*, Thèse de doctorat. Paris : Institut d'études politiques, 1996. ; RILES, Annelise. « Models and Documents: Artefacts of International Legal Knowledge ». *Op. cit.* ; WELLER, Jean-Marc. « Les appuis matériels du raisonnement juridique ». *Op. cit.*

avec les parties prenantes de l'affaire et d'autres acteurs clés des juridictions coutumières. En somme ce qui aurait pu être un « raté » de mon terrain (je n'ai pas assisté à l'audience), en est devenu le fil rouge[1].

Les observations ethnographiques et leurs résultats ont été partiellement mis sous forme de tableaux pour que le lecteur puisse visualiser rapidement certaines données. Les juridictions coutumières étant de petites institutions en termes de volume d'affaires traitées et de personnel impliqué, les trajectoires professionnelles et les profils des personnes impliquées ont eu – et ont encore — un effet extrêmement structurant sur le fonctionnement des juridictions. Partant de ce constat, la recherche mobilise également une approche biographique des trajectoires professionnelles des acteurs impliqués dans les juridictions. Sans faire une sociographie systématique des professionnels du droit ayant travaillé à la juridiction coutumière, il s'agit de montrer comment des professionnels du droit formés à un certain type de droit ont géré le fait de devoir appliquer d'autres règles que celles auxquelles ils avaient été formés[2].

La démarche ethnographique a également été complétée par une revue extensive d'un corpus de sources abondant et varié (de la littérature académique, à la littérature grise, en passant par la littérature médiatique), qui a permis de confirmer des observations ou des données récoltées en entretien, ou au contraire de constater des changements ou des évolutions.

Ce travail veut participer à la conversation avec, et mobiliser les possibilités ouvertes par les courants d'ethnométhodologie[3] et de praxéologie[4]. Comme annoncé dans le chapitre précédent,

---

[1] STAVO-DEBAUGE, Joan, Marta ROCA I ESCODA, et Cornelia HUMMEL. « Enquêter. Rater. Enquêter encore. Rater encore. Rater mieux: Présentation du Dossier « Penser les ratés de terrain » », *SociologieS*. 23 mai 2017. ; VERDRAGER, Pierre. « Mes ratés de terrain », *SociologieS*. 23 mai 2017.

[2] En cela je ne m'inscris pas dans le courant de sociologie des professions judiciaires comme cela l'a été fait par d'autres. Voir par exemple WILLEMEZ, Laurent. « Les prud'hommes et la fabrique du droit du travail : contribution à une sociologie des rôles judiciaires », *Sociologie du travail*. 1 mars 2012, vol. 54 No. 1. p. 112-134. ; FLOCCO, Gaëtan et Laurent WILLEMEZ. « Pour une sociologie des travailleur·euses du droit et de la justice », *La nouvelle revue du travail*. 1 novembre 2020 No. 17.

[3] GARFINKEL, Harold. *Studies in Ethnomethodology*. New Jersey : Prentice-Hall. 1967. ; TRAVERS, Max. « Ethnométhodologie, analyse de conversation et droit », *Droit et société*. 2001, vol.48 No. 2. p. 349-369. ; RAWLS, Anne Warfield. « Harold Garfinkel, Ethnomethodology and Workplace Studies », *Organization Studies*. Mai 2008, vol. 29 No. 5. p. 701-732. ; COULON, Alain. *L'ethnométhodologie*. Paris : Presses Universitaires de France, 2014.

[4] DUPRET, Baudouin. *Le jugement en action*. *Op. cit.* ; DUPRET, Baudouin. « Droit et sciences sociales. Pour une respécification praxéologique ». *Op. cit.* ; COLEMANS, Julie. « Ce que les émotions font faire aux professionnels du droit ». *Op. cit.* ; DUPRET, Baudouin. « Réflexions sur le concept de droit à partir de quelques cas limites », *Droit et société*. 13 décembre 2016, vol.94 No. 3. p. 645-662. ; DUPRET, Baudouin. « Le général et le particulier. Perspective analytique et praxéologique sur la règle de droit », *Tracés. Revue de Sciences humaines*. 1 juillet 2018 No. 34. p. 123-142. ; YAKIN, Ayang Utriza et

il doit beaucoup notamment aux écrits de Baudouin Dupret et de Julie Colemans. L'appareillage méthodologique et les procédures de la recherche mis en place ici permettent ainsi de rendre visible un ensemble d'opérations juridiques contribuant à la mise en lumière des épreuves coutumières, inscrivant ainsi mon travail dans les courants de recherche qui encouragent l'étude du droit « en action »[1].

Le « moment abductif »[2] a orienté cette recherche vers cet espace habituellement peu exposé ou visible, et révèle les vertus de l'improvisation ethnographique[3]. Sylvie Catellin considère que la production du savoir se situe dans des dynamiques combinées de raisonnement déductif, inductif et abductif. Le « moment abductif » est précisément l'instant de création qui laisse place à un raisonnement imaginatif et novateur[4].

Le travail ethnographique que j'ai mené a permis de rendre compte d'un fonctionnement routinier de la machinerie des juridictions coutumières, qui a été instauré par des personnalités professionnelles extrêmement structurantes pour l'institution (A). Seul le travail de fond consistant à appréhender la juridiction coutumière de manière extensive permet de situer, et de rendre compte de, l'intérêt du cas d'étude. Dans le but d'affiner la compréhension des épreuves coutumières, au cœur de cette thèse, il faut rendre compte du droit coutumier en action, des rapprochements et interactions entre la théorie régissant les juridictions coutumières et la pratique des professionnels du droit. L'intérêt du cas d'étude réside dans le fait qu'il a rendu visible une hésitation de la part du magistrat responsable du dossier. On se situe au cœur de la pensée par cas[5], puisque le cahot qui a fait tressauter une machinerie par ailleurs bien huilée rend visible le mécanisme (le raisonnement juridique des professionnels du droit) et permet le

---

Baudoin DUPRET. « La praxéologie du droit: mise en perspective et mise en pratique » *Ethnographies du raisonnement juridique*. Paris : LGDJ, 2018, p. 223-242.

[1] DUPRET, Baudouin. « Le droit comme accomplissement pratique », *Revue Droit et Cultures*. 2004, Hors-série No. 4. p. 137-143.

[2] Expression empruntée à Olivier Struelens. Voir STRUELENS, Olivier. *Les juges et les médiateurs face à l'enlèvement parental international*, Doctorat en sciences politiques et sociales. Faculté des sciences économiques, sociales et politiques / Institut d'analyse du changement dans l'histoire et les sociétés contemporaines : Université catholique de Louvain, 2020.

[3] DEQUIREZ, Gaelle et Jeanne HERSANT. « The virtues of improvisation: Ethnography without an ethics protocol », *Current Sociology*. Septembre 2013, vol. 61 No. 5-6. p. 646-660.

[4] CATELLIN, Sylvie. « Abduction : a discovery practice for science and literature », *Hermes, La Revue*. 2004, vol. 39 No. 2. p. 179–185.

[5] PASSERON, Jean-Claude et Jacques REVEL (éd.). *Penser par cas*. *Op. cit.*

déploiement de connaissances nouvelles à propos des juridictions coutumières et du fonctionnement du droit (les « épreuves coutumières ») (B).

A - Appréhender les régularités du fonctionnement des juridictions coutumières par l'enquête ethnographique

Mes terrains de recherche ont été menés en plusieurs temps, répondant aux impératifs d'un projet de thèse qui a changé et s'est précisé à mesure que la recherche progressait (1). Le travail de terrain m'a permis de constater qu'en dehors du cas d'étude, les juridictions coutumières sont des juridictions certes jeunes, mais dont la procédure s'est stabilisée et routinisée autour d'acteurs clés (2).

1) Explorations et questionnements de l'enquête ethnographique

a) Suivre un raisonnement en entonnoir

Mon projet de recherche originel était extrêmement (trop) ambitieux. Après la lecture de *La voie Cheyenne*, de Karl Llewellyn et Adamson Hoebel, apogée de ce que l'alliage de méthodes anthropologiques peut apporter à la théorie juridique, je voulais rendre compte de la fabrique du droit coutumier de la même manière[1]. Autrement dit, je souhaitais compiler un certain nombre de « cas saillants » (*trouble cases*) qui auraient permis d'éclairer, chacun à leur manière, les rouages de la fabrique du droit (coutumier).

Les deux premiers terrains de recherche — l'un de deux mois en 2016, l'autre de trois mois, en 2017 — ont été menés dans cette optique exploratoire, selon une démarche ethnographique, incluant une immersion dans le monde des chambres coutumières. Ce travail d'immersion a consisté à parcourir les routes de la juridiction coutumière en long, en large et en travers. Loin d'être une métaphore filée, les chemins de la juridiction coutumière[2] sont physiques et relient

---

[1] LLEWELLYN, K.N. et E.A. HOEBEL. *The Cheyenne Way: Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence*. Norman, Oklahoma, États-Unis : University of Oklahoma Press, 1941. ; LLEWELLYN, Karl Nicker et Edward Adamson HOEBEL. *La voie cheyenne*. *Op. cit.*

[2] La métaphore vient du fait que l'on parle aussi de « chemins coutumiers » en Océanie. Il s'agit donc d'une expression souvent reprise par les chercheurs. Voir par exemple BENSA, Alban et Jean-Claude RIVIERRE. *Les chemins de l'alliance : l'organisation sociale et ses représentations en Nouvelle-Calédonie, région de Touho, aire linguistique cèmuhî*. Paris : SELAF, 1982. ; WITTERSHEIM, Éric. « Les chemins de l'authenticité. Les anthropologues et la Renaissance mélanésienne », *L'Homme*. 1999, vol.39 No. 151. p. 181-205. ; LEVACHER, Claire. *De la Terre à la mine ? Les chemins de l'autochtonie en Nouvelle-Calédonie*. Paris : EHESS - Institut de recherche interdisciplinaire sur les enjeux sociaux. Sciences sociales, Politiques, Santé (IRIS), 2016.

— ou essaient de relier pour le moins — les différents territoires du *Caillou*[1]. Ils sont également représentatifs des différents arrangements matériels des chambres coutumières, qui ne sont pas les mêmes à Nouméa, qu'à Koné ou Lifou, ou encore lors des audiences foraines[2]. Cette ethnographie multisite[3] m'a donné l'occasion de faire des observations d'audiences coutumières dans les différents tribunaux qui les abritent, et de mener des entretiens semi-directifs ou ouverts avec différentes catégories d'acteurs[4]. Un troisième terrain plus court — de quinze jours — a été effectué en 2019, ce qui donne un total de six mois de terrain. Ce dernier, beaucoup plus ciblé, a permis de compléter des données spécifiques relatives au cas d'étude.

Cette recherche s'inspire de la recommandation de Herbert Kritzer qui montre qu'un projet de recherche s'appuyant sur des données ethnographiques doit combiner des entretiens et des observations, les observations servant d'instruments de « vérification » des données recueillies lors d'entretiens[5]. Inversement, les observations peuvent donner des indices et ouvrir des pistes à explorer lors des entretiens. En ce sens, la relation entre données « naturelles » (les observations) et données « produites » (les entretiens) est quasi symbiotique, une relation d'enrichissement mutuel.

J. Colemans souligne néanmoins dans sa thèse que la récolte de données par entretien « s'écarte du projet ethnométhodologique »[6]. En effet, Michel Barthélémy et Louis Quéré, qui ont contribué à diffuser les idées de Harold Garfinkel et ses études en ethnométhodologie,

---

[1] Nom informel donné à la Nouvelle-Calédonie par ses habitants.

[2] Je ne m'inscris pas dans une ethnographie spatiale et matérielle des juridictions coutumières, mais constater les différents arrangements physiques éclaire d'une certaine manière le raisonnement juridique que les magistrats peuvent avoir, et souligner des attitudes et des manières d'occuper l'espace, différentes. Sur une ethnographie spatiale des tribunaux, voir WALENTA, Jayme. « Courtroom Ethnography: Researching the Intersection of Law, Space, and Everyday Practices », *The Professional Geographer*. 2 janvier 2020, vol. 72 No. 1. p. 131-138. Sur l'importance des arrangements matériels dans un tribunal, voir BENS, Jonas. « The courtroom as an affective arrangement: analysing atmospheres in courtroom ethnography », *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*. Septembre 2018, vol.50 No. 3. p. 336-355.

[3] HANNERZ, Ulf. « Being there... and there... and there! Reflections on multi-site ethnography », *Ethnography*. 2003, vol. 4 No. 2. p. 201-216.

[4] BEAUD, Stéphane. « L'usage de l'entretien en sciences sociales. Plaidoyer pour l'«entretien ethnographique» ». *Op. cit.* ; BENSA, Alban et Didier FASSIN. *Les politiques de l'enquête*. Paris : La Découverte, 2008.

[5] KRITZER, Herbert M. « Stories from the field: Collecting data outside over there » in June STARR et Mark GOODALE (eds.). *Practicing ethnography in law: New dialogues, enduring methods*. New York : Palgrave Macmillan, 2002, p. 143-159.

[6] COLEMANS, Julie. *L'ordinaire du contentieux administratif*. *Op. cit.* p. 26

estiment que les comptes-rendus ultérieurs aux activités des acteurs par eux-mêmes ne sont pas des comptes-rendus fidèles[1]. Il existe une marge entre l'action d'un acteur, et la description qu'il va faire de celle-ci. Toutefois, bien que je sois consciente des limites que peuvent avoir certains entretiens en termes de reconstruction narrative, ils font pour moi intégralement partie des données ethnographiques en ce qu'ils complètement mes observations et qu'ils ont été effectués, du moins en ce qui concerne les acteurs principaux de mon enquête, à plusieurs reprises sur des temps assez longs (entre 2016 et 2019). Ils s'inscrivent à ce titre dans la méthodologie des entretiens ethnographiques semi-directifs, qui encourage la multiplication des rencontres afin de couvrir des points qui émergent progressivement, voire collaborativement, et se sont faits souvent sans formalisme discursif, de manière informelle, voire quelquefois intime. La répétition des entretiens avec une même personne permet aussi de construire une relation de confiance qui améliore encore la qualité des données produites dans ces interactions. Enfin, les entretiens complètent les observations et vice versa, tandis que l'écriture ethnographique, malgré les précautions prises pendant la récolte des données, fait son office de reconstruction narrative[2].

Il s'ensuit que le chapitre IV, qui expose le raisonnement juridique routinier des professionnels du droit en chambre coutumière, s'appuiera principalement sur des données d'observations ethnographiques, tandis que le chapitre V prend appui sur les conclusions du chapitre IV et est complété par des entretiens approfondis avec les professionnels du droit (magistrats et assesseurs coutumiers). Le processus inhabituel appliqué au cas d'étude ne m'a pas permis d'assister aux audiences au cours desquelles les affaires ont été entendues. Le contexte dans lequel j'ai été amenée à prendre connaissance du cas, ainsi que ma position d'observation participante spontanée, m'ont naturellement dirigée vers des entretiens ethnographiques ciblés sur les affaires de changement de sexe à l'état civil coutumier, de manière à compléter mes observations d'audiences. L'étude des opérations du droit n'est rendue possible que par l'articulation des observations d'audiences routinières, jugements écrits et entretiens approfondis.

En ce qui concerne plus précisément le cas d'étude, je dispose donc d'entretiens formels enregistrés et intégralement retranscrits avec les magistrats qui ont jugé les affaires de 2015 et

[1] BARTHELEMY, Michel et Louis QUERE. « Introduction. L'argument ethnométhodologique » *Recherches en ethnométhodologie*. Paris : Presses Universitaires de France, 2020, p. 45.

[2] CLIFFORD, James. « On ethnographic authority », *Representations*. 1983 No. 2. p. 118-146.

2017, les assesseurs coutumiers de l'affaire de 2017, ainsi que la justiciable de l'affaire de 2015. Les résultats sont moins une observation directe du droit en train de se faire, que des conclusions tirées de ce que les professionnels du droit m'ont dit de ce qu'ils faisaient. Voire une construction en train de se faire, au fil du dialogue que les magistrats entretenaient avec moi. L'exceptionnalité du cas d'étude, et l'hésitation apparente dans laquelle elle plonge les professionnels du droit font des entretiens, un outil méthodologique pertinent. En outre, cette affaire est arrivée à un moment de mon enquête où je disposais déjà d'un nombre d'observations ethnographiques et d'un stock de connaissances suffisants pour que les données récoltées en entretien, plus spécifiques au cas d'étude puissent être analysées en profondeur.

Ainsi, si l'on part du principe que « le droit est à la fois l'ensemble des règles formelles dont il est fait instruction aux gens ayant à les mettre en œuvre et la mise en œuvre par ces mêmes gens de ces règles formelles »[1], je peux en partie saisir à l'aide des entretiens comment les acteurs du droit disent qu'ils mettent en œuvre les règles, afin de compléter mes observations. L'entretien approfondi, complété par des observations ethnographiques, semble dans ce registre d'analyse de pensée par cas, constituer un instrument de connaissance ouvrant l'accès aux coulisses des pratiques à l'origine de l'application des règles, telles qu'elles apparaissent dans le jugement final. L'articulation de ces méthodes me permet d'accéder au savoir technique et au savoir-faire informel du personnel des chambres coutumières, « constitutif[s] d'une pratique compétente du droit »[2].

Il s'agit en somme de faire dialoguer l'analyse du jugement écrit, avec les entretiens des acteurs de ce jugement et les autres connaissances empiriques et théoriques plus générales acquises au cours de la recherche. En d'autres termes, le cas d'étude permet de décortiquer l'accumulation d'épreuves coutumières mutuelles ainsi que les marges de manœuvre des magistrats et des assesseurs coutumiers dans la manière dont ces épreuves sont négociées. Ce processus d'accumulation d'épreuves à une échelle micro (le cas) s'amplifie à une plus grande échelle comme nous l'avons vu au chapitre précédent. L'agrégation de ces épreuves à une échelle supérieure, que l'on retrouve dans chaque cas, permet de comprendre la fabrique du droit coutumier.

---

[1] DUPRET, Baudouin. « Droit et sciences sociales. Pour une respécification praxéologique ». *Op. cit.*

[2] TRAVERS, Max. « Ethnométhodologie, analyse de conversation et droit ». *Op. cit.* p. 363

b) Interroger l'anonymat dans l'ethnographie d'un terrain restreint

Trois terrains ont permis de récolter un matériau d'entretien extrêmement riche. Cinquante-neuf entretiens formels ont été enregistrés et transcrits, et une dizaine d'entretiens informels ont été soigneusement consignés dans trois carnets de terrain. Les entretiens ont principalement mobilisé quatre catégories d'acteurs.

Le premier groupe de personnes interrogées est constitué par les personnes travaillant *au sein* de la juridiction coutumière, à savoir tout le personnel juridique qui fait tourner la fabrique du droit coutumier (greffières, magistrats, assesseurs coutumiers, procureurs, avocats, officiers publics coutumiers [OPC]…). Partant du constat que les juridictions coutumières ne fonctionnent pas en vase clos et qu'elles font l'objet de débats et de jeux de pouvoir en dehors de la sphère purement juridique, le champ des interlocuteurs a été élargi. Des entretiens ont été effectués avec des personnes travaillant *sur* la juridiction coutumière [chercheurs, universitaires, sénateurs coutumiers]. Cette deuxième catégorie d'acteurs joue un rôle à la fois un peu extérieur à la juridiction en tant que telle, mais elle a également un pouvoir de lobby et d'influence sur les documents écrits pouvant éventuellement servir à la prise de décision dans les juridictions coutumières. La troisième catégorie d'acteurs sont les personnes travaillant *avec* la juridiction coutumière [associations de défense des victimes notamment], ayant un rôle primordial en ce qui concerne la perception de la juridiction par les justiciables, puisque ces acteurs les aident à naviguer dans ces eaux inconnues. Enfin, une place a été donnée aux personnes *régies par* le droit coutumier [les justiciables] d'autant plus qu'elles ont tendance à être effacées des études juridiques « positivistes » du droit coutumier alors que fondamentalement, ce sont les premières concernées par les effets de l'objet de cette recherche, à savoir les raisonnements juridiques.

Le terrain de recherche est étendu en termes de territoire, mais très restreint du point de vue du nombre d'acteurs impliqués. En effet, très peu de professionnels du droit sont directement concernés par les affaires coutumières. S'il y a en tout une petite soixantaine d'assesseurs coutumiers sur tout le territoire, il y a en moyenne deux à trois magistrats au maximum qui se spécialisent plus avant dans les affaires coutumières en première instance. Certains magistrats peuvent organiser ponctuellement des audiences coutumières, comme les juges aux enfants, dont la juridiction comprend des justiciables de statut coutumier, comme de droit commun. Je n'ai quant à moi rencontré que les magistrats siégeant principalement dans les juridictions coutumières — notamment trois d'entre eux. De fait, le contingent des personnes concernées

par les affaires coutumières chez les professionnels du droit est réduit. Il s'agit donc de se concentrer sur la densité et la profondeur du matériau récolté, sur la signification plutôt que sur la représentativité au sens statistique, par exemple vis-à-vis d'une profession.

Le nombre de personnes concernées pose en revanche la question de l'anonymat avec beaucoup d'acuité. Si tous mes interlocuteurs m'ont fait entrer dans les coulisses[1] de leur profession avec beaucoup de courtoisie, et en dépit de leurs prises de position publiques, que ce soit dans les médias ou sur la scène académique, et bien que je n'aie reçu aucune demande d'anonymisation de la part de mes interlocuteurs, il me semble essentiel de protéger dans la mesure du possible, leur anonymat[2]. S'il est difficile de procéder à une anonymisation totale, comme préconisée par la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)[3] j'ai cherché à protéger au maximum l'identité de mes interlocuteurs par souci déontologique[4]. Sébastien Roux a identifié des paradoxes dans les processus d'anonymisation qui relève de logiques contradictoires consistant à la fois à dés-identifier tout en conservant une certaine forme d'identification[5]. Cette contradiction est partiellement résolue par la pseudonymisation, qui relève d'une forme d'« anonymisation située », dans laquelle je lisse les informations données aux lecteurs en me cantonnant à ce qui est nécessaire à l'analyse, tout en modifiant les noms des interlocuteurs[6]. Il s'ensuit que les trois magistrats principaux sur lesquels repose la thèse seront appelés Magistrat M1, Magistrat M2 et Magistrat M3, en vertu de l'ordre chronologique dans lequel ils ont siégé à la chambre coutumière de Nouméa, qui regroupe le plus grand nombre d'affaires. Si d'autres magistrats ont pu siéger entre ces trois magistrats, ils

---

[1] GOFFMAN, Erving. *La mise en scène de la vie quotidienne – 1. la présentation de soi*. Paris : Les Éditions de Minuit, 1973.

[2] BELIARD, Aude et Jean-Sébastien EIDELIMAN. « Au-delà de la déontologie. Anonymat et confidentialité dans le travail ethnographique » *Les politiques de l'enquête*. Paris : La Découverte, 2008, p. 123-141.

[3] CNIL. *L'anonymisation de données personnelles*. 2020. En ligne : https://www.cnil.fr/fr/lanonymisation-de-donnees-personnelles [consulté le 2 juin 2022].

[4] ZOLESIO, Emmanuelle. « Anonymiser les enquêtés », *Interrogations ? Revue pluridisciplinaire de sciences humaines et sociales*. 2011 No. 12. p. 174-183. ; COULMONT, Baptiste. « Le petit peuple des sociologues. Anonymes et pseudonymes dans la sociologie française », *Genèses*. 27 juin 2017, vol. 107 No. 2. p. 153-175.

[5] ROUX, Sébastien. « La transparence du voile. Critique de l'anonymisation comme impératif déontologique » *Enquêter : de quel droit ? Menaces sur l'enquête en sciences sociales*. Bellecombe-en-Bauges : Édition du Croquant, 2010, p. 153.

[6] LEROY, Sarah. « « Les prénoms ont été changés » », *Cahiers de sociolinguistique*. 2006, vol. 11 No. 1. p. 27-40.

sont soit restés trop peu de temps et/ou se sont peu investis dans la chambre coutumière pour être pris en compte ici. De même, les magistrats qui ont siégé à la chambre coutumière, mais que je n'ai pas pu rencontrer, n'ont pas été incorporés à la typologie. Pour les entretiens concernant des personnes trans', des pseudonymes qui reprennent l'esprit de leurs prénoms ont été utilisés[1].

Malgré les prises des positions publiques de certains de mes interlocuteurs, que ce soit dans le domaine scientifique, via la contribution à des rapports de recherches ou à des revues ; ou une exposition médiatique, en parlant à visage découvert dans des documentaires ou des journaux télévisés ; et bien que j'ai conscience que les juridictions coutumières et le milieu trans', sont des petits milieux où les personnes, mêmes pseudonymisées, sont reconnaissables, je considère que ce voile — bien que translucide et donc imparfait — jour un rôle éthique crucial, et constitue malgré ses limitations, une protection relative des interlocuteurs[2].

J'ai assisté à plusieurs délibérations, notamment lorsque celles qui se déroulaient entre deux affaires, en attendant des justiciables en retard par exemple. Ces délibérations sont une raison de plus pour préserver autant que faire se peut, l'identité des professionnels du droit avec qui je me suis entretenue. L'utilisation des observations faites pendant les délibérations de manière plus spécifique est impossible, car le contenu des délibérations est censé rester secret. Je me cantonnerai donc à des considérations d'ordre général, pour ne pas risquer de divulguer de contenu. Ces observations ont néanmoins été précieuses pour mon analyse car elles sont un moment privilégié d'appréhension des interactions entre les juges et les assesseurs coutumiers.

[1] Sur l'importance de conserver une forme d'identification pour certains interlocuteurs dans les recherches qualitatives, tout en protégeant leur « image de soi » voir WEBER, Florence. « Publier des cas ethnographiques : analyse sociologique, réputation et image de soi des enquêtés », *Genèses*. 2008, vol.70 No. 1. p. 140-150. Sur l'importance plus particulière des prénoms dans les histoires de *coming out* trans' voir COURDURIES, Jérôme. « Re-naître à l'autre sexe. Changement de prénom et de sexe à l'état civil » in Agnès FINE (éd.). *États civils en question. Nom, papiers et sentiment de soi*. Paris : Editions du CTHS, 2008, p. 225-242. Enfin, le prénom étant un identifiant individuel crucial ainsi qu'un marqueur social et générationnel, il fait l'objet d'études scientifiques révélatrices. Voir COULMONT, Baptiste. *Sociologie des prénoms*. Paris : La Découverte, 2022.

[2] VAN DER GEEST, Sjaak. « Confidentiality and pseudonyms: A fieldwork dilemma from Ghana », *Anthropology Today*. 2003, vol. 19 No. 1. p. 14-18. ; GUENTHER, Katja M. « The politics of names: rethinking the methodological and ethical significance of naming people, organizations, and places », *Qualitative Research*. 2009, vol. 9 No. 4. p. 411-421.

c) Dépeindre la territorialité et la matérialité des juridictions coutumières

Le caractère multisite de l'enquête s'est manifesté dans la poursuite d'entretiens avec des acteurs des quatre coins du territoire, mais il permet également d'insister sur les lieux où exerce la juridiction coutumière, puisqu'il ne s'agit pas d'un tribunal classique la plupart du temps. Au tribunal de première instance de Nouméa par exemple, qui traite le plus grand nombre d'affaires coutumières, les audiences coutumières se tiennent dans la salle de bibliothèque du TPI. La juridiction coutumière n'a donc pas de salle réservée et elle n'opère pas dans les salles d'audience habituelles, ce qui peut laisser penser qu'elle jouit d'une faible considération, ou pour le moins, que sa place est en marge des espaces habituels des tribunaux.

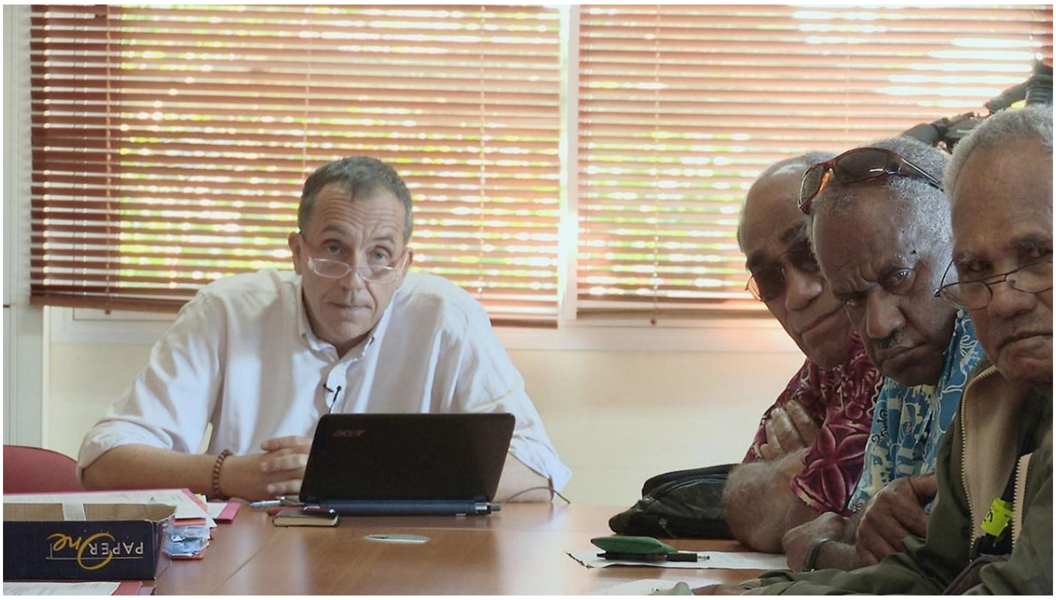


Image 1 : Magistrat entouré d'assesseurs coutumiers au TPI de Nouméa, 2012
(c) Éric Beauducel, Une justice entre deux mondes (2013)

Par ailleurs, l'une des particularités de la Nouvelle-Calédonie, a fortiori des juridictions coutumières, est constituée par les sections détachées et les audiences foraines. Les sections détachées en Nouvelle-Calédonie font partie de la mise en place d'une « justice de proximité ». Elles existent en Polynésie française également[1]. Elles s'expliquent principalement par l'éloignement géographique de certains archipels ou le difficile accès à certaines parties du territoire. La loi organique de février 2003 avait effectivement inséré dans le Code de l'organisation judiciaire, un Livre III, relatif aux juridictions de proximité[2]. Il s'agissait d'une

[1] GAGNE, Natacha. « Ethnographie de l'État aux confins de la République. Le dispositif de l'audience et la justice foraine en Polynésie française », *Ethnologie française*. 2018, vol.169 No. 1. p. 93-106.

[2] Loi organique n° 2003-153 du 26 février 2003 relative aux juges de proximité, *JORF* n° 0049 du 27 février 2003, p. 3479

juridiction à juge unique qui en matière civile avait une compétence limitée aux petits litiges. La juridiction de proximité a formellement été supprimée en juillet 2017[1]. Néanmoins la loi de programmation 2018/2022 et de réforme pour la justice, instaure un tribunal de proximité, qui est l'émanation du tribunal judiciaire le plus proche. Ce sont des tribunaux qui statuent sur les petites affaires (notamment celles pour lesquelles la demande porte sur des sommes inférieures à 10 000 euros). Ils peuvent à l'occasion se voir attribuer des compétences supplémentaires en fonction des besoins locaux, surtout en ce qui concerne les affaires familiales par exemple.



Image 2 : Magistrat, entouré d'assesseurs coutumiers et de la greffière G1, lors d'une audience coutumière au TPI de Nouméa, 2018 (c) Élise Lambert pour France Info

En Nouvelle-Calédonie, les sections détachées sont compétentes dans leurs aires géographiques en tant que juridictions de premier degré dans des domaines de compétence qui leur sont délégués par le président du tribunal de première instance : en matière civile (divorce, adoption, protection de l'enfance ou la délinquance des mineurs, tutelles, baux d'habitation) et pénale (correctionnelle et de police). Faisant partie du tribunal de première instance de Nouméa, elles ne constituent pas des juridictions à part entière, et ce, parce qu'elles ne disposent pas de parquet autonome. Présidées par un magistrat du siège du tribunal de première instance désigné par décret, les sections détachées statuent dans les mêmes conditions que le tribunal de première instance : à juge unique en matière civile (sauf pour les affaires relatives au statut civil

[1] La justice de proximité a été supprimée, entre autres raisons, à la suite des critiques d'une partie du corps des magistrats qui invoquaient la nécessité, de créer davantage de postes de juges professionnels. Décret n° 2017-683 du 28 avril 2017 tirant les conséquences de la suppression des juridictions de proximité et des juges de proximité, *JORF* n°0102 du 30 avril 2017

coutumier et les litiges fonciers coutumiers où le tribunal est assisté d'assesseurs coutumiers) et en matière de police ; en formation collégiale avec l'assistance d'assesseurs non professionnels[1] en matière correctionnelle pour les infractions les plus graves[2].



Image 3 : Magistrat entouré de deux assesseurs coutumiers lors d'une audience coutumière à la section détachée de Koné, 2013 (c) Daniel Rodriguez et Téléobs

Les juges chargés de la présidence des sections exercent également les fonctions de juge des enfants et président le tribunal pour enfants lorsque cette juridiction tient ses audiences au siège des sections détachées. J'ai pu constater pendant les audiences auxquelles j'ai assisté dans les sections détachées et les audiences foraines qu'effectivement, les magistrats doivent enfiler successivement plusieurs « casquettes » sans perdre de temps. Le magistrat détaché à la section de Koné remarque à ce propos,

> « Le mercredi en correctionnel je condamne, le lundi et le vendredi, j'aménage les peines. C'est schizophrénique ! »[3]

En Nouvelle-Calédonie il existe deux sections détachées, l'une en Province Nord, à Koné, tandis que l'autre se trouve à Lifou, et sert pour l'ensemble des îles Loyauté. Il existe aussi une

[1] Conformément au code de l'organisation judiciaire (Loi, n° 89-378, du 13 juin 1989 portant diverses dispositions relatives à l'organisation judiciaire en Nouvelle-Calédonie, *JORF* n° 0138 du 15 juin 1989, p. 7442), en matière correctionnelle, deux assesseurs — non-professionnels — ayant voix délibérative complètent le tribunal de première instance (TPI) et les sections détachées de ce tribunal lorsqu'ils statuent en formation collégiale. Ils sont choisis pour une durée de deux ans. Ces assesseurs sont supposés « transmettent à la juridiction la sensibilité de la société néo-calédonienne ». Voir « L'échevinage en matière pénale : l'exception néo-calédonienne », dans LAFARGUE, Régis. « La justice outre-mer: justice du lointain, justice de proximité », *Revue française d'administration publique*. 2002 No. 1. p. 97-109.

[2] COINTAT, Christian et Bernard FRIMAT. *Nouvelle-Calédonie : le pari du destin commun*. Rapport 593. Sénat français, 2011.

[3] Echange informel entre deux affaires, 1er août 2016, Antenne de Poindimié

antenne détachée à Poindimié à laquelle j'ai pu me rendre, sur la côte Est, pour faciliter aux justiciables les formalités administratives liées aux actes de justice.

L'idée de la « justice de proximité » est parfois mise en relation avec les « lenteurs de la justice » puisque les magistrats ne peuvent pas se déplacer très fréquemment et que les audiences ne se tiennent pas très souvent. Lors de mes séjours en 2016 et 2017, il se tenait en moyenne une à deux journées maximum d'audiences coutumières à la section détachée de Koné et une audience foraine par mois en moyenne.

De surcroit, d'après les informations que j'ai pu récolter sur le terrain et confirmer par des sources secondaires, seulement deux magistrats siègent à la section détachée de Koné, et un seul pour la section détachée de Lifou[1]. D'après les recherches que j'ai pu mener sur le sujet, les enjeux des audiences foraines n'ont cessé de préoccuper les sections détachées. Il semblerait que le rythme de tenue des audiences foraines ait fait un véritable bond si l'on en croit les données d'entretiens et la presse calédonienne. Si elles avaient lieu en moyenne tous les deux à trois mois pour chaque antenne au début des années 2000[2], actuellement, la section de Koné projette d'en tenir une par mois, aux différentes antennes de la province Nord[3].



Image 4 : Magistrat lors d'une audience foraine en Province Nord, 2009 (c) Élise Vincent pour Le Monde

[1] GALLIEN-LAMARCHE, Jean-Alexis. « Un troisième juge attendu avant la fin 2018 à Koné ». *Op. cit.*

[2] LNC. « Repères », *LNC.nc | Les Nouvelles Calédoniennes, le Journal de Nouvelle Calédonie*. 29 février 2008.

[3] JOBERT, Sabine. « Justice: des départs et des arrivées », *Les Pays Magazine*. avril 2020 No. 160. p. 8-9.

J'ai pu accompagner le Magistrat M2 de la section détachée de Koné dans ses déplacements à l'antenne de Poindimié et de Koumac, pour des audiences foraines. Le juge de la juridiction coutumière de Nouméa, le Magistrat M3, réside à Lifou où j'ai également pu me rendre. Le Magistrat M3 m'a accueilli sur son lieu de travail et j'ai pu m'entretenir avec des assesseurs coutumiers sur place, mais je n'ai pas eu l'occasion d'assister à des audiences à la section détachée de Lifou ou à des audiences foraines dans les autres îles Loyauté. Le magistrat en poste à Lifou se rend régulièrement à Maré, Ouvéa et Tiga, bien que le tribunal de la section détachée se trouve à Wé (Lifou).



Image 5 : Carte de l'archipel calédonien © Open Pacific

Mes nombreux déplacements entre la province Nord, la province Sud et la province des îles Loyauté, mais également au sein de la province Nord, pour les audiences foraines, ont illustré de manière très physique qu'un terrain de recherche est un cheminement. L'ethnographie n'est pas seulement une question de déplacements, et de dépaysements, mais a un impact sur la structure même de l'enquête et la manière dont le chercheur se positionne par rapport à son

objet de recherche. Dans mon cas, ces voyages répétés m'ont donné un sens des distances, qui est fortement indexé à l'état des routes en Nouvelle-Calédonie, révélant la valeur toute particulière de l'effort que représentent les audiences foraines. Ces difficultés d'accès physiques et géographiques à la justice expliquent aussi une coordination parfois difficile entre assesseurs coutumiers et greffiers et/ou magistrats. Ces contraintes ont nécessairement des conséquences sur l'accès à la justice des justiciables. Il s'agit en somme d'une dimension de la matérialité de l'État, et ici plus précisément, de la justice.

Toutefois mes observations ethnographiques multisites et mes entretiens ont ceci de commun que globalement, malgré une mise en place relativement récente, les juridictions coutumières sont aujourd'hui un dispositif relativement routinisé. Nous allons également voir que la chambre coutumière est une institution de petite dimension, avec un nombre d'acteurs restreint, qui rend l'approche ethnographique et plus particulièrement les entretiens qualitatifs particulièrement pertinents et efficaces.

2) Détricoter le ronronnement de la machinerie juridique

Pour resituer le contexte de mes observations, il faut avoir à l'esprit que les juridictions ont été mises en place avec la création de la fonction d'assesseur coutumier par une ordonnance en 1982 ayant l'ambition d'adapter la justice française aux spécificités culturelles du peuple kanak :

> « Cette mesure, qui tend à faire participer les citoyens relevant du statut civil particulier au fonctionnement de la justice, est justifiée par le caractère très complexe des coutumes mélanésiennes dont la plupart sont orales et qui, de ce fait, demeurent d'accès difficile aux magistrats professionnels affectés dans le territoire. »[1]

Cette même ordonnance précise néanmoins que

> « les parties peuvent, d'un commun accord, choisir d'écarter ces dispositions particulières et demander l'application à leur différend des règles de droit commun relatives à la composition de la juridiction. »[2]

La voix des assesseurs est délibérative, ce qui signifie qu'elle vaut autant que celle du juge professionnel. Ces institutions n'ont véritablement commencé à fonctionner que dans les

[1] Article 6 de l'Ordonnance n° 82-877 du 15 octobre 1982 instituant des assesseurs coutumiers dans le territoire de la Nouvelle-Calédonie au tribunal civil de première instance et à la cour d'appel. *JORF* n° 0243 du 17 octobre 1982, p. 3106

[2] *Ibid.*

années 1990, quand le mécanisme des assesseurs coutumiers a été rendu opérable dans les sections détachées du tribunal de première instance de Nouméa, à Koné et Lifou, par l'ordonnance du 12 octobre 1992. Depuis 1996, les assesseurs coutumiers sont nommés pour deux ans. À la demande du procureur général, chacun des grands chefs des huit aires coutumières propose des candidatures, soumises à l'assemblée générale de la cour d'appel qui désigne environ cinq assesseurs par aire coutumière[1].

L'ensemble des professionnels du droit avec qui j'ai pu m'entretenir situent le lancement effectif des juridictions postérieurement à la publication des documents juridiques mentionnés ci-dessus. Il semblerait que les différentes juridictions aient trouvé un rythme et une manière de fonctionner efficacement au tournant des années 2010. C'est la date à partir de laquelle le contingent d'affaires traitées par les affaires coutumières connaît une augmentation significative[2].

Le pic de production des juridictions coutumière étant atteint depuis le début des années 2010, la marge de manœuvre des magistrats pour mettre par écrit des principes coutumiers s'est beaucoup réduite. Une première génération de magistrats a posé les bases de mécanismes déjà bien établis. Les magistrats qui arrivent aujourd'hui auront sans doute tendance à se reposer sur le corpus de précédents mis en place par un trio de magistrats activistes des années 2010-2014 (voir section 2.b). De même les assesseurs coutumiers qui siègent pour la plupart depuis de nombreuses années ont intériorisé une grande partie des cas de figure qui se présentent à la chambre coutumière et des procédures à suivre. J'ai ainsi observé relativement peu de surprises ou d'hésitations de la part des tribunaux coutumiers lors des journées d'audiences auxquelles j'ai assisté. Il y a donc une dimension cumulative de la jurisprudence coutumière, à partir d'un point zéro identifié par plusieurs rapports de recherche[3]. La matière du terrain exploité ici est composée d'environ cent soixante-dix cas, observés dans quatre lieux différents, dans lesquels deux magistrats différents ont siégé pendant mon terrain (voir

---

[1] Voir la contribution de Daniel Rodriguez dans CORNUT, Etienne et Pascale DEUMIER. *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*. Rapport Convention n° 214.02.18.14. Ministère de la Justice, 2016. p. 305 — 336. Voir également le chapitre suivant sur la genèse des juridictions coutumières.

[2] CORNUT, Etienne et Pascale DEUMIER. *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*. *Op. cit.*

[3] Deux rapports de recherche situent ce « point zéro » aux alentours de l'année 2010. Voir chapitre précédent de cette recherche ainsi que, DEMMER, Christine. *Faire de la coutume kanak un droit. Enjeux, histoire, questionnements*. *Op. cit.* ; CORNUT, Étienne et Pascale DEUMIER. *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*. *Op. cit.*

Tableau 1, p. 78). Par ailleurs, la majorité des affaires observées portent sur des enfants (autorité parentale, résidence, pensions alimentaires, etc.), des dissolutions de mariages, des changements de statuts et plus marginalement, de prénoms (voir Tableau 2 p. 79).

Mes terrains de recherche, prennent donc place à un moment de l'existence des juridictions coutumières, où celles-ci ont déjà routinisé en grande partie leur fonctionnement. En ce qui concerne mes observations, et bien que je ne me sois pas engagée dans une approche quantitative ou statistique, je peux cependant estimer que sur une journée complète, ce sont en moyenne, entre 18 et 20 affaires qui sont traitées ; typiquement, 9 le matin, et 9 l'après-midi. La plupart des affaires auxquelles j'ai assisté prennent moins de vingt minutes, y compris les plus conflictuelles (qui sont rares). Cette moyenne s'applique aussi bien à Nouméa que dans les sections détachées et les audiences foraines, puisque les audiences coutumières sont généralement concentrées sur des dates spécifiques dans tous les tribunaux. Le juge en charge des affaires coutumières au TPI de Nouméa par exemple, réside à Lifou et vient donc à Nouméa en moyenne une fois par mois, pour une à trois journées d'audiences. L'espacement entre les audiences coutumières a eu tendance à être plus élevé dans les sections détachées, en raison d'un personnel plus restreint.

Tableau 1 : Récapitulatif des audiences observées

Tribunaux et dates	**Nombre d'affaires observées**[1]
Tribunal de Première Instance de Nouméa • 19 juillet 2016 • 10-11 août 2016 • 18 juillet 2017 • 8-9 août 2017 • 10-11-12 avril 2019	131
Section détachée de Koné • 22 août 2016	11
Audiences foraines, Mairie de Koumac • 22 juillet 2016	10
Audiences foraines, Mairie de Poindimié • 1er août 2016	18
TOTAL	**170**

L'écrasante majorité des affaires concerne du droit de la famille (autorité parentale, résidence de l'enfant, droit de visite et d'hébergement du parent non-gardien, pension alimentaire dans les cas les plus fréquents), le reste concerne l'état civil coutumier (des changements de nom principalement), les tutelles, et encore plus rarement, des conflits liés à la terre[2]. Le cas d'étude se distingue très nettement en raison de sa rareté numérique.

[1] Sans les renvois, les désistements et les radiations.

[2] Je n'ai pas eu l'occasion d'observer d'affaire directement liée à des problématiques foncières. Selon les lectures scientifiques que j'ai pu faire, et les entretiens que j'ai pu mener, y compris avec des représentants de l'Agence de développement rural et d'aménagement foncier (ADRAF), ces cas sont traités en dehors du tribunal, en raison de leur caractère extrêmement conflictuel. C'est également la raison pour laquelle elles se retrouvent indirectement dans des instances pénales plutôt que civiles. Voir

Tableau 2 : Tableau des matières abordées au cours des audiences[1]

Thèmes abordés	Nombre d'affaires concernées
Gardes d'enfants	51
Demande ou restitution d'autorité parentale	34
Pensions alimentaires	19
Dissolutions de mariage	16
Changement de statut (droit coutumier vers droit commun)	10
Tutelles	8
Dommages et intérêts	7
Placements (et renouvellements)	7
Changement de statut (droit commun vers droit coutumier)	6
Mesures d'assistance éducatives	3
Changement de nom	3
Succession	1
Demande de changement de sexe à l'état civil coutumier	**1**
Désistements	4
Renvois	9
Radiations	14

par exemple LAFARGUE, Régis. « Le contentieux classique de la terre » *La coutume dans le pluralisme juridique calédonien*. Nouméa : Presses Universitaires de Nouvelle-Calédonie, 2018, p. 101-140.

[1] Différents thèmes peuvent être abordés au cours d'une affaire. Exemple : garde d'enfant et pension alimentaire.

Je n'ai pas eu d'accès direct aux statistiques des affaires traitées par les différentes chambres coutumières sur une année. Les statistiques produites à l'occasion de rapports annuels des juridictions seraient relativement confidentielles et auraient demandé trop de travail au service des greffes pour les réunir et me les communiquer. Pour pallier cette lacune, je me suis intéressée aux chiffres produits par d'autres rapports de recherche sur les juridictions coutumières.

Un rapport dirigé par Christine Demmer, produit pour le ministère de la Justice en 2016, observe que

> « La chambre coutumière du tribunal de première instance de Nouméa traite de loin le plus grand nombre de dossiers, avec environ 200 décisions prononcées par an, contre une soixantaine à Koné et un nombre résiduel à Lifou et à la cour d'appel. [*Ndbp : Estimations fournies oralement en juillet 2012 par Pierre Frezet, juge à la chambre coutumière de Nouméa.*] Ce déséquilibre est lié à la concentration démographique en province Sud [40 % des Kanak vivant actuellement dans le Grand Nouméa]. » [1]

Un autre rapport dirigé par Pascale Deumier et Étienne Cornut, également écrit pour le ministère de la Justice la même année, visualise sous forme de graphe les informations obtenues sur la base de données créée à partir de 612 décisions recueillies entre 1985 et 2015[2] (voir à la page suivante).

Les chiffres ne concordent pas entre l'estimation du magistrat recueillie dans le premier rapport, et les décisions enregistrées du second rapport, mais la base de données du second rapport ne prétend pas à l'exhaustivité du contentieux coutumier, la déperdition tenant à des causes diverses. P. Deumier rappelle que l'accès aux décisions, rendu difficile par le manque de réponse des greffes dans certaines sections, s'est largement fait sur la base du volontariat des magistrats qui faisaient partie de l'équipe de recherche et que pour cette raison, la collecte a pu occasionnellement manquer de systématicité[3]. Si mes observations concordent avec les types de constats faits dans les deux rapports, une étude statistique systématique et exhaustive sur les décisions des juridictions coutumières reste à faire.

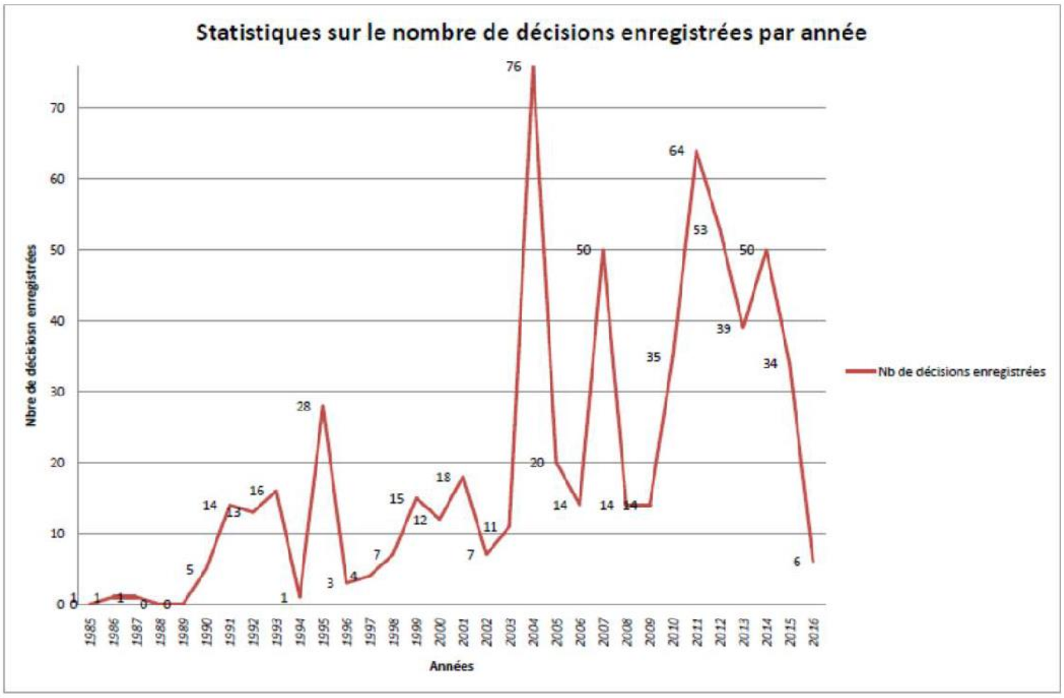
---

[1] DEMMER, Christine. *Faire de la coutume kanak un droit. Enjeux, histoire, questionnements*. *Op cit*. p. 137.

[2] CORNUT, Étienne et Pascale DEUMIER. *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*. *Op. cit.* p. 15

[3] *Ibid.* p. 16

Image 6 : Statistiques sur le nombre de décisions enregistrées par année (c) Étienne Cornut et Pascale Deumier « L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie », p. 13



a) Les greffiers : une profession sous-étudiée

Il est utile de s'attarder sur la composition du personnel de la justice sur le territoire tel que j'ai pu l'observer, puisque celui-ci est réduit et que cela a des conséquences directes sur le fonctionnement des juridictions coutumières. En dehors des magistrats et des assesseurs coutumiers, le reste des acteurs de la chambre coutumière (avocats, greffes, etc.) n'ont pas fait l'objet d'études systématiques, il n'existe donc pas de littérature scientifique sur la question.

Pour ce qui est des fonctionnaires des greffes (greffiers et adjoints administratifs), ceux-ci sont en grande partie des Blancs d'origine calédonienne[1]. Cette situation contraste fortement avec celle des magistrats, qui à l'exception d'un magistrat kanak à la retraite maintenant[2], sont

[1] Dans le cadre des tribunaux familiaux de droit civil, le Collectif Onze a documenté l'importance du rôle des greffières. J'ai pu faire le même constat pour les juridictions calédoniennes, bien que ce ne soit pas l'enjeu de la présente recherche. Voir BESSIERE, Céline, Emilie BILAND, Benoît COQUARD, et al. *Au tribunal des couples. Enquête sur des affaires familiales*. Paris : Odile Jacob, 2013. p. 70-73 et 149-153.

[2] J'ai eu l'occasion rencontrer le magistrat, à la retraite, en question lors d'un entretien formel, le 2 août 2017. Il a également publié des contributions à des ouvrages académiques. Voir par exemple TROLUE,

toujours des Français métropolitains[1]. Les avocats sont plus fréquemment d'origine calédonienne[2], mais les Kanak accédant à la fonction se comptent encore sur les doigts d'une main[3].

Par ailleurs, le personnel du TPI de Nouméa semble constituer un corps beaucoup plus stable qu'en province Nord. Dans la Province des Îles Loyauté, le même greffier, un métropolitain, est en poste depuis plus de vingt ans, ce qui assure une continuité pour les magistrats successifs. En revanche, en province Nord, le Magistrat M2 rencontré en 2016 et 2017[4], et son greffier — arrivé depuis peu, lors de nos entretiens en 2016, et reparti l'année suivante — ont souligné l'important turnover du personnel de la section détachée de Koné[5]. Cette situation est d'autant plus difficile à gérer que les audiences foraines ont lieu principalement en Province Nord, où vit une majorité de personnes de statut coutumier. J'ai donc pu constater qu'il était difficile de réunir de manière systématique, comme le veut l'ordonnance de 1982, la présence d'au moins deux assesseurs coutumiers à la section détachée de Koné et lors des audiences foraines. De même, la présence d'avocats était extrêmement rare, voire inexistante, lors de mes observations en province Nord.

En province Sud, si la présence d'avocats était plutôt inhabituelle lors de mes premiers terrains (2016, 2017), j'ai pu constater qu'elle était devenue quasi systématique lors de mon dernier terrain en 2019. Les entretiens avec trois d'entre eux ont confirmé que la profession s'est aujourd'hui familiarisée avec la juridiction coutumière. Je n'ai néanmoins pas identifié d'étude systématique sur le rôle des avocats en lien avec le droit coutumier, dans la littérature scientifique à laquelle j'ai eu accès. J.-L. Halpérin, a mené une enquête fondée sur une vingtaine d'entretiens « avec des professionnels du droit néo-calédonien », pour la plupart métropolitains

---

Fote. « Le magistrat et la coutume : Questions et réponses sur une approche et les pratiques en Nouvelle-Calédonie ». *Op. cit.*

[1] Ce constat est partagé par Benoît Trépied qui a mené ses terrains ethnographiques des juridictions coutumières entre 2012 et 2016. Voir TREPIED, Benoît. « "Vous avez oublié que vous êtes Kanak !" La justice coutumière face aux nouvelles relations familiales kanak ». *Op. cit.*

[2] La presse semble suggérer que la profession est également en passe de se féminiser un peu plus. Voir GALLIEN-LAMARCHE, Jean-Alexis. « Cinq nouvelles avocates ont prêté serment à Nouméa », *LNC.nc | Les Nouvelles Calédoniennes, le Journal de Nouvelle-Calédonie*. 26 janvier 2022.

[3] CHARMASSON, Martin. « Le premier avocat kanak », *Nouvelle-Calédonie la 1ère*. 11 août 2016.

[4] Ce magistrat a depuis été muté, mais il est resté en poste en Nouvelle-Calédonie entre 1999 et 2018.

[5] Je ne dispose pas de statistiques pour supporter ces éléments, mais ces informations m'ont été confirmées par le magistrat en poste à la section détachée de Koné.

et tous formés à l'école du droit français. J.-L. Halpérin observe en effet que certaines professions, notamment les avocats et les notaires, restent, ce qu'il a appelé « une citadelle blanche »[1].

Toutes proportions gardées, et la présence des assesseurs coutumiers mise à part, le fonctionnement de la juridiction coutumière est donc a priori très semblable à celle d'une juridiction commune de droit civil français — d'autant que tous les magistrats ayant siégé dans les juridictions coutumières sont des expatriés d'origine métropolitaine.

b) Les magistrats : une autorité centrale

Le Collectif Onze a montré que le traitement des litiges, notamment familiaux, au tribunal tient en partie aux caractéristiques professionnelles et sociales des juges. Les différents types de pratiques relèvent moins du genre des juges que de leur éthos professionnel, fortement conditionné par la manière dont ils sont devenus juges aux affaires familiales. Ces pratiques ne fonctionnent pas en autarcie et sont cadrées par celles des autres acteurs de la justice (avocats, greffes, etc.).[2]

Dans le cadre de la Nouvelle-Calédonie, mes données ethnographiques (observations et entretiens) concordent avec les conclusions d'autres recherches académiques sur le fait que le fonctionnement actuel des juridictions coutumières a été fortement structuré par un petit nombre de magistrats professionnels[3]. En termes méthodologiques, en écho avec les conclusions du Collectif Onze, je me suis attardée sur la trajectoire biographique et professionnelle de ces acteurs clés, car celle-ci n'est pas sans incidence sur la manière qu'ils ont eue de travailler avec les assesseurs coutumiers notamment. Par ailleurs, j'ai

---

[1] HALPERIN, Jean-Louis. « Entre droit coutumier et droit civil : vers un droit mixte ? Réflexions après une enquête auprès des praticiens du droit » *La coutume kanak dans l'État. Perspectives coloniales et postcoloniales sur la Nouvelle-Calédonie*. Paris : L'Harmattan, 2017, p. 152.

[2] « La manière dont les litiges post-conjugaux sont traités au tribunal des couples ne découle cependant pas mécaniquement ni du flou du droit ni de la pression de la masse des dossiers à traiter. Elle tient aussi aux caractéristiques professionnelles et sociales des juges, en tant qu'agents faisant concrètement fonctionner l'institution judiciaire. (…) Ces différents types de pratiques ne résultent pas mécaniquement du sexe des juges (…), mais de la façon dont ils et elles sont devenu(e)s JAF. (…) [Néanmoins] leurs pratiques variées sont d'ailleurs encadrées par les autres acteurs de la justice aux affaires familiales, avocats et surtout greffières, garantes du déroulement de la procédures. » BESSIERE, Céline, Emilie BILAND, Benoît COQUARD, et al. *Au tribunal des couples*. *Op. cit.* p. 256

[3] DEMMER, Christine. *Faire de la coutume kanak un droit. Enjeux, histoire, questionnements*. *Op. cit.* ; CORNUT, Étienne et Pascale DEUMIER. *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*. *Op. cit.*

systématiquement cherché à compléter ou confronter mes observations et mes données d'entretiens, avec des sources secondaires, tels que des écrits académiques antérieurs ou concomitants à mon enquête, ou avec des données médiatiques, l'idée étant de brosser un tableau le plus systématique possible du fonctionnement des juridictions coutumières. En raison du nombre très restreint des acteurs en jeu, ma méthodologie ne relève pas de la sociographie, comme mentionné précédemment, mais cherche plutôt à situer ces acteurs clés par rapport aux juridictions coutumières. Il s'agit d'expliciter leur positionnement par rapport aux juridictions coutumières, alors que leurs trajectoires professionnelles sont initialement étrangères à ces institutions et de mettre en avant les éléments qui vont enrichir l'étude de cas. Nous allons voir qu'ils vont construire des rapports hétérogènes aux juridictions, bien qu'on puisse retrouver des convictions et des manières de faire communes.

La mise en place du fonctionnement des juridictions coutumières tel que j'ai été amenée à l'observer pendant mes terrains de recherche a été catalysée par l'activisme judiciaire d'un petit nombre de magistrats, en poste au même moment, à des tribunaux différents en Nouvelle-Calédonie, entre 2010 et 2014. Ces magistrats ont défendu publiquement leurs positions et la vision de leur travail en tant que magistrats de tribunaux coutumiers et ont travaillé ensemble, un peu à contre-courant de la tendance générale du Tribunal de Nouméa, qui rechignait manifestement à appliquer véritablement l'ordonnance de 1982[1]. Le projet de ces magistrats était de « décoloniser » la juridiction coutumière[2] — voire le droit civil français — en se décentrant du Code civil pour donner toute sa place à la « coutume », notamment en insistant sur la centralité de la figure de l'assesseur coutumier.

Tous les magistrats que j'ai rencontrés venaient de France métropolitaine, n'avaient que peu ou pas de connaissances préalables sur la Nouvelle-Calédonie, et se sont formés sur le tas. Tous ont constaté que la justice était globalement mal perçue par les justiciables de statut coutumier. Leur posture s'est donc progressivement affirmée, à mesure de leur aisance croissante au sein des juridictions coutumières, jusqu'à adopter une posture relativement protectrice du « cadre coutumier » établi par eux-mêmes, en relation avec les assesseurs coutumiers. Ils ont contribué

---

[1] RODRIGUEZ, Daniel. « La juridiction coutumière kanak (Juger en Kanaky) » *La coutume Kanak dans le pluralisme juridique calédonien*. Nouméa : Presses Universitaires de Nouvelle-Calédonie, 2018, p. 303-333.

[2] Terme employé par les professionnels du droit, notamment les magistrats en charge des affaires coutumières.

à positionner les juridictions coutumières en « conservatoires de la coutume » dans leurs pratiques professionnelles.

L'un des principaux acteurs de ce processus est Régis Lafargue[1], d'abord juge à Nouméa de 1989 à 1994 puis professeur associé à Paris X et référendaire à la Cour de cassation, enfin conseiller à la cour d'appel de Nouméa de 2010 jusqu'en 2015. Il a été rapporteur de presque tous les arrêts sur le droit coutumier, et il a été l'auteur de plusieurs publications — rapports de recherche pour le ministère de la Justice et ouvrages de références en la matière à la Librairie générale de droit et de jurisprudence (LGDJ). Il a eu une relation forte avec deux magistrats de première instance (les Magistrats M1 et M2), qui ont également contribué à asseoir le fonctionnement des juridictions coutumières. Par ailleurs, ses ouvrages sur le droit coutumier sont une référence incontournable pour les praticiens du droit coutumier (le Magistrat M3, en charge du cas d'étude notamment) comme pour les chercheurs désireux d'explorer ce terrain. Ses apports pratiques et théoriques ont été soutenus dans la pratique par d'autres magistrats.

Le Magistrat M1, rencontré en 2016 a siégé au TPI de Nouméa et dans la Province des Îles Loyauté durant un moment fondateur des juridictions coutumières, à savoir entre 2010 et 2014. Il a contribué à rédiger un corps de précédents important et a formé un grand nombre d'assesseurs coutumiers. Son projet était d'ailleurs d'autonomiser ces derniers afin qu'ils prennent les décisions eux-mêmes.

> « L'idée c'est que les assesseurs coutumiers arrivent à être suffisamment nourris par le travail qu'on aurait ou qu'on aura — je ne sais pas comment il faudrait le formuler — qu'on a pu faire ensemble — pour véritablement tenir leur rôle en tant qu'assesseur coutumier face au juge. Et ne pas être des espèces d'excuses comme au tarot un peu, face à un juge qui serait dans une position de toute-puissance et qui leur imposerait une décision que lui voudrait prendre. Être véritablement [en phase avec] ce qui est dans la loi, c'est-à-dire, ce qui est dans la loi de façon générale et ce qui est dans la loi organique, et dans les principes. Quand on décide en collégialité avec des collègues, avec des assesseurs, quand on est aux assises, la voix de l'un vaut la voix de l'autre. Et ça c'est déjà un travail énorme par rapport à la situation de la juridiction coutumière en Nouvelle-Calédonie telle que je l'ai connue au départ. Et telle que je l'ai laissée aussi en partant. » [2]

[1] Je n'ai malheureusement jamais pu rencontrer Régis Lafargue, qui est décédé en 2017. En raison de sa renommée dans le milieu, je ne l'ai pas anonymisé. BELHOTE, Christian. « Hommage à Régis Lafargue », *Droit & Justice*. 2017.

[2] Entretien avec le Magistrat M1, 6 décembre 2016.

Cet extrait d'entretien illustre l'ambition que le Magistrat M1 nourrissait en rapport aux juridictions coutumières qui étaient selon lui un véritable curseur de la décolonisation en cours en Nouvelle-Calédonie. Je n'ai jamais assisté personnellement à des audiences coutumières avec le Magistrat M1. Néanmoins des sources secondaires comme des rapports de recherche[1] et des publications scientifiques[2] ont rapporté le fait que le Magistrat M1 convoquait autant d'assesseurs coutumiers que d'aires coutumières représentées par les justiciables convoqués le jour de l'audience. Résultat, il y avait de six à dix assesseurs coutumiers autour de la table pour chaque audience coutumière, car des requérants de tout le territoire vivent à Nouméa et sont donc entendus au tribunal. Cette configuration a soulevé un certain nombre de critiques de la part des chercheurs travaillant sur la juridiction coutumière à l'époque[3], ainsi que des associations de défense des femmes[4], qui trouvaient cette configuration inutilement intimidante. On peut estimer qu'il s'agissait pour le Magistrat M1 d'asseoir la légitimité des juridictions coutumières et de lui donner une véritable autorité.

Le Magistrat M1 travaillait par ailleurs en étroite collaboration avec le Magistrat M2, qui siégeait au même moment à la section détachée de Koné. Les audiences foraines, décrites un peu plus haut, se sont faites principalement à l'initiative du juge de la section détachée de Koné, le Magistrat M2. Arrivé sur le territoire depuis près de deux décennies, le Magistrat M2 est devenu une figure emblématique de la Province Nord. Il est appelé affectueusement par certains — ironiquement par d'autres — le « juge de brousse »[5]. Il revendique cette image d'homme d'action, intégré à son environnement, respectueux de l'altérité kanak.

Un peu à l'image des juges de paix, les magistrats des sections détachées doivent être capables de polyvalence en s'occupant systématiquement de plusieurs matières[6]. Le parallèle

[1] DEMMER, Christine. *Faire de la coutume kanak un droit. Enjeux, histoire, questionnements*. *Op. cit. ;* CORNUT, Etienne et Pascale DEUMIER. *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*. *Op. cit.*

[2] TRÉPIED, Benoît. « Urban Kanak Parents on Customary Trial: An Ethnography of the Customary Family Court of Nouméa, New Caledonia: Urban Kanak Parents on Customary Trial », *City & Society*, Avril 2016, vol. 28 No. 1. p. 99–122. ; TRÉPIED, Benoît. « "Vous avez oublié que vous êtes Kanak !" La justice coutumière face aux nouvelles relations familiales kanak ». *Op. cit.* p. 189-234.

[3] DEMMER, Christine et Christine SALOMON. « Droit coutumier et indépendance kanak ». *Op. cit.*

[4] Entretien avec la Présidente et la Vice-présidente de l'association *SOS Violences Sexuelles*, 25 juillet 2016, Nouméa, Nouvelle-Calédonie

[5] VINCENT, Élise. « Juge de brousse », *Le Monde*. 21 septembre 2009.

[6] Ce parallèle souvent fait par les professionnels du droit sur le terrain est sustenté par la littérature académique d'histoire coloniale. La « justice de proximité » n'est en effet pas sans rappeler certains

fait par les professionnels du droit eux-mêmes entre les juges de paix et les magistrats des sections détachées notamment, renvoie au mélange des fonctions et à la nécessité de polyvalence, qui rappellent la faible ou inexistante séparation des pouvoirs coloniaux[1]. Ceci est un sentiment partagé par le Magistrat M3 en poste aux îles Loyauté, également en charge des affaires coutumières au TPI de Nouméa. « J'ai l'impression d'être juge de paix ! » s'est-il exclamé plusieurs fois à l'évocation de son quotidien et des cas auxquels il a à faire.

En province Nord, la comparaison avec le juge de paix n'est jamais non plus très loin puisque tout au long des audiences, le Magistrat M2 enfile successivement les casquettes de juge aux affaires familiales (JAF), juge des enfants (JE) ou encore juge d'application des peines (JAP). C'est à son initiative que la section détachée tient des audiences foraines dans les communes de Poindimié, Canala, Hienghène, Houaïlou et Koumac — autre héritage du dispositif colonial[2]. Il s'agit la plupart du temps d'une pièce au sein de la mairie de la commune. À cette occasion le magistrat ainsi qu'un greffier se déplacent, avec leurs dossiers entassés dans une petite valise. La position du Magistrat M2 est claire, il prône une pratique qui « consiste à sortir du palais ». Il lui paraît essentiel « d'aller à la rencontre des gens parce qu'ils n'ont aucun moyen de transport et que ça paraissait vain de les convoquer alors qu'ils sont à 200-300 km »[3].

---

aspects de la justice coloniale. Certaines contraintes auxquelles répondaient les juges de paix à compétences étendues, identifiées par Bernard Durand perdurent en Nouvelle-Calédonie :

« D'un côté, difficultés budgétaires, rareté des candidatures, modestie en certains lieux de la présence coloniale furent les raisons "physiques" de cette originalité. D'un autre côté, il est sans doute également vrai que les souvenirs d'Ancien Régime, si forts dans la plupart des institutions coloniales, mais aussi la constatation que les populations indigènes ne percevaient nettement qu'une autorité clairement identifiée et nantie de pouvoirs importants, venaient appuyer ces raisons de justifications plus politiques. La proximité ici se voulait autant géographique (par l'accompagnement des installations coloniales), thématique (par la capacité à trancher toutes sortes de litiges) que politique (par le besoin d'être entendu par des populations si diverses). » (Durand, Bernard. « L'impératif de proximité dans l'empire colonial français. Les justices de paix à compétence étendue », *Histoire de la justice*. 2007, vol.17 No. 1. p. 211.)

Le juge de paix est mis en place à différents moments et avec des compétences étendues (par rapport à celles accordées dans le Code civil) variées (selon les colonies) (DURAND, Bernard. « L'impératif de proximité dans l'empire colonial français. Les justices de paix à compétence étendue », *Histoire de la justice*. 2007, vol.17 No. 1. p. 213.). Ils sont installés en Nouvelle-Calédonie en 1882. En Algérie comme en Nouvelle-Calédonie, les infractions spéciales à l'indigénat sont sanctionnées par les juges de paix (Merle, Isabelle. « Retour sur le régime de l'indigénat : Genèse et contradictions des principes répressifs dans l'Empire français », *French Politics, Culture & Society*. 2002, vol. 20 No. 2. p. 81.).

[1] DURAND, Bernard. « L'impératif de proximité dans l'empire colonial français. Les justices de paix à compétence étendue ». *Op. cit.*

[2] RAU, Éric. *Institutions et coutumes canaques*. Paris : Éditions L'Harmattan, 1944.

[3] Entretien avec le Magistrat M2, 21 juillet 2016.

Les positions des Magistrats M1 et M2 sont ainsi très proches, d'autant qu'ils ont collaboré professionnellement de manière étroite. Leur militantisme était visible et affiché, et ils sont devenus de véritables porte-paroles des juridictions coutumières. Les décisions prises par les Magistrats M1 et M2 ont contribué à étendre la juridiction des chambres coutumière à toute la matière civile (voir chapitre suivant). Leurs jugements écrits constituent l'essentiel de ce qui constitue aujourd'hui le « cadre coutumier » qui structure le raisonnement juridique des professionnels du droit des chambres coutumières. En cela, leur pratique professionnelle est relativement différente du Magistrat M3, arrivé plus tard, et qui a été une figure moins militante et plus discrète au sein des chambres coutumières. Les audiences observées et commentées au chapitre IV seront celles où auront siégé les Magistrats M2 et M3.

Le Magistrat M3 est celui qui a pris la décision principale du cas d'étude de cette recherche. Je m'attarderai donc particulièrement sur les éléments pertinents de son profil biographique et professionnel, puisqu'ils donnent un cadre contextuel au raisonnement juridique que j'analyserai plus tard dans cette recherche. De plus, le Magistrat M3 a parcouru une trajectoire professionnelle et occupé des positions au sein de la chambre coutumière qui ont fortement évolué au cours de mes terrains de recherche, et culminent d'une certaine manière, dans le cas d'étude.

Le Magistrat M3 s'est installé à Lifou, en province des îles Loyauté en 2015. Quand je l'ai rencontré en 2016, il était en Nouvelle-Calédonie depuis moins d'un an et cherchait encore ses repères, y compris professionnellement, au sein de la juridiction coutumière. Comme le nombre de dossiers à traiter à Lifou n'est pas tout à fait suffisant pour occuper un temps plein, le temps du Magistrat M3 se divise entre les affaires sur les îles Loyauté, dont la quasi-totalité sont du ressort de la juridiction coutumière, et les affaires coutumières à Nouméa, sur une demande du président du tribunal. Il fait donc des allers-retours entre les îles Loyauté et la Grande Terre.

Il résume son apprentissage de la « coutume » par l'adage suivant : « l'important dans la coutume c'est de la vivre ». Il explique cependant que pour lui, l'ouvrage de référence est celui de Régis Lafargue[1]. Le reste de son apprentissage s'est fait grâce à la jurisprudence (notamment

[1] L'ouvrage auquel le Magistrat M3 fait référence est le suivant : LAFARGUE, Régis. *La coutume face à son destin*. Paris : LGDJ, 2010.

celles retenues sur les sites Juridoc[1] et JuriCa[2], qui regroupent les décisions de la cour d'appel). Il précise néanmoins qu'« en [la] vivant, ça ne demande pas beaucoup d'effort parce qu'on voit bien comment pensent les gens. »[3] Il souligne qu'au départ il exerçait sa fonction et prenait des décisions, sans comprendre les tenants et les aboutissants de certaines discussions.

> « Je ne comprenais pas ce que je faisais. Au début, je prenais la décision sans en comprendre la finalité. »[4]

Il trouve que souvent les textes de la loi organique ainsi que certaines jurisprudences manquent de clarté. Ceci est d'autant plus important qu'il souligne que « le juge fait la pluie et le beau temps, on peut vraiment manipuler, ou s'arranger avec les principes »[5]. Ce constat peut faire écho à des travaux de recherche qui avancent que les juridictions coutumières seraient hautement dépendantes du juge qui les chapeautent[6]. Toutefois, selon d'autres études, plus positivistes, la croissance du corps de jurisprudence coutumière a eu tendance à aplanir les divergences majeures d'interprétations[7] — signe d'une progressive routinisation du fonctionnement des juridictions. Le Magistrat M3 affirme par rapport à son rôle de magistrat :

> « Moi je ne veux pas prendre position parce que je peux, soit enterrer la coutume ; soit en avoir une interprétation stricte. Or ce n'est pas mon rôle, c'est au justiciable de décider. »[8]

Il remarque aussi la nécessité de polyvalence des magistrats travaillant avec la juridiction coutumière et la recherche de jurisprudence que cela implique. « C'est un canevas coutumier que l'on peut mettre à toutes les sauces. »

Il se pose de manière assumée encore beaucoup de questions concernant la juridiction coutumière, ses compétences et ce que le terme « droit coutumier » recouvre finalement.

---

[1] Voir le site web de Juridoc, *Documentation juridique NC*. En ligne : https://juridoc.gouv.nc/JuriDoc/JdWebE.nsf/Juristart?openpage [consulté le 26 mai 2020].

[2] Les services de JuriCa sont accessibles sur le site de la Cour de cassation, *Service du fonds de concours de la Cour de cassation*. En ligne : https://www.courdecassation.fr/jurica/ [consulté le 26 mai 2020].

[3] Conversation informelle avec le Magistrat M3 entre deux affaires coutumières, 19 juillet 2016.

[4] *Ibid.*

[5] *Ibid.*

[6] TREPIED, Benoît. « "Vous avez oublié que vous êtes Kanak !" La justice coutumière face aux nouvelles relations familiales kanak ». *Op. cit.*

[7] CORNUT, Étienne et Pascale DEUMIER. *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie. Op. cit.*

[8] Entretien avec le Magistrat M3, 10 août 2016.

> « Beaucoup de dossiers n'arrivent pas jusqu'au tribunal, la chambre coutumière est responsable de tout le civil techniquement, mais la coutume n'est jamais allée autant dans le détail. Plein de cas de figure ne sont pas prévus par la coutume. Si le juge représente le droit commun, les assesseurs coutumiers n'ayant pas de formation juridique représentent la coutume. Alors où se situe le droit coutumier ? À la rencontre des deux probablement. »[1]

Pour le Magistrat M3, le seul domaine où le droit coutumier est véritablement pertinent et permet réellement de se décentrer du Code civil, est le droit de la famille. Mais il nuance en précisant que même dans ce cas, selon lui, ce n'est pas toujours dans l'intérêt du justiciable.

> « Du coup on fait du droit commun sous couvert de coutume. […] Officiellement ceci est une chambre coutumière, mais dans la pratique on fait très peu de discussions 100 % coutumières. C'est une institution très hybride, on mélange un peu des deux côtés. »[2]

Les « deux côtés » du mélange sont pour le Magistrat M3 « la coutume » et « le droit civil ». Ce mélange crée selon lui le « droit coutumier » produit par les juridictions coutumières. Par ailleurs « la coutume » — ou la « discussion 100 % coutumière » — est une discussion qui se passe hors du tribunal. En effet, selon les entretiens menés avec le Magistrat M3, celui-ci considère que « la coutume » se passe et se vit hors du tribunal. Le tribunal lui, ne peut faire que du « droit coutumier », qui est nécessairement hybride. Son positionnement fait fortement écho aux distinctions faites entre coutume et droit coutumier par A. Watson, mentionné au chapitre précédent[3]. Schématiquement, selon le Magistrat M3, la coutume n'est pas le droit coutumier, et le droit coutumier est une création prétorienne, dont les sources ne sont manifestement pas exclusivement (« 100 % ») coutumières. Cette affirmation ne l'empêche cependant nullement de prendre à cœur son rôle de « juge coutumier » et de répliquer à certains justiciables : « Mais le tribunal ne fait que du droit coutumier, soyez-en convaincu ! »[4].

Les années passant, le Magistrat M3 semble avoir développé une approche différente de la juridiction coutumière et de son travail en tant que « juge coutumier ».

> « Sur le fond, ça ne change pas la chose, ce à quoi il faut faire attention c'est cette origination coutumière qu'il ne faut pas mettre à mal, et que le droit commun n'aille pas à l'encontre de l'organisation coutumière locale. Ce qu'il faut c'est marcher ensemble et

---

[1] *Ibid*.

[2] *Ibid*.

[3] WATSON, Alan. « An Approach to Customary Law ». *Op. cit.*

[4] Remarque faite au cours d'une affaire coutumière à l'une des parties qui, en croyant bien faire, avait « traduit » ses demandes en droit commun. Extrait de carnet de terrain, observations d'audiences du 10 août 2016, TPI de Nouméa.

> pas être en opposition l'un à l'autre. Mais marcher ensemble ça se fait toujours quand vous respectez le chemin coutumier, il y a aucune difficulté. » [1]

J'ai pu constater que le travail d'appropriation des procédures couramment utilisées à la juridiction coutumière avait été fait. Plus assuré dans sa position et sa connaissance de la juridiction et de ce qu'il appelle « la coutume », le Magistrat M3 offre une perspective complètement différente de son rôle.

> « Maintenant je sais ce que je dois faire, en pratique c'est toujours passer par le chemin coutumier, aller chercher une personne-ressource, s'appuyer sur ses assesseurs coutumiers, c'est important qu'ils soient des personnes bien implantées coutumièrement. Et quand vous respectez ce cadre-là, il n'y a pas de difficultés. Et pratiquement toutes les matières se traitent avec les assesseurs coutumiers. Enfin en tout cas les matières des gens des îles qui sont pratiquement tous coutumiers, de statut coutumier, se traitent quasiment que comme ça. » [2]

L'aisance du Magistrat M3 dans son environnement s'exprime en particulier dans son recul critique vis-à-vis d'auteurs qu'il citait comme références au début de son mandat, notamment Régis Lafargue :

> « Je n'ai pas le temps de lire les rapports ! [Rires] Le problème c'est qu'on délibère tout de suite à chaud avec les assesseurs, et ce dont j'ai besoin c'est du pourquoi, du comment dans leur coutume à eux, ce qu'ils en pensent, voilà. Alors que dans les bouquins ils ne parlent jamais de la coutume d'untel ou de la coutume d'unetelle. Le bouquin de Lafargue il est intéressant, mais [en] version "la coutume dit que". Oui, mais nous quand on a une question à répondre sur "qu'est-ce que dit la coutume", c'est la coutume de Nengone[3], ou c'est la coutume de Lössi[4]. Et on s'aperçoit que même entre districts ou clans, ils ne sont pas forcément d'accord. […] Mais il faut toujours partir de l'idée qu'il faut matérialiser géographiquement et physiquement pour comprendre. Parce que nous on l'intellectualise pour comprendre, mais eux ça répond à une problématique concrète quoi. Donc voilà, la délibération, on la fait à chaud, après avoir entendu les affaires. »[5]

Là encore, le Magistrat M3 exprime le fait que la coutume est un objet ancré localement et situé dans un contexte spécifique. Pour lui, son expertise et sa connaissance du terrain rendent son jugement et sa collaboration avec les assesseurs coutumiers plus pertinents que des références académiques juridiques, qui sont bien loin d'une coutume « qui se vit » et des besoins

---

[1] Entretien avec le Magistrat M3, 26 juillet 2017.

[2] *Ibid.*

[3] Aire coutumière de l'île de Maré.

[4] Aire coutumière de l'île de Lifou.

[5] Entretien avec le Magistrat M3, 26 juillet 2017.

urgents de réponse à des cas concrets. Il renvoie l'image de professionnel du droit comme « *problem-solvers* »[1], privilégiant des solutions concrètes et pragmatiques.

Le Magistrat M3 est passé de personnage un peu en retrait, qui fait « du droit commun sous couvert de coutume », à un fervent défenseur de la juridiction coutumière :

> « Mais c'est le problème de la coutume, ce que je veux dire c'est que les gens qui y réfléchissent sont quasiment tous de droit commun, donc ils voient tout par l'ornière du droit commun. On considère tous que le "droit commun" entre guillemets c'est la meilleure de choses. [Quand on y est], on constate, on prend le sentiment de recul et qu'on dit que c'est deux ordres de fonctionnement différents. Mais moi ce que j'ai appris en étant ici c'est d'enlever tout jugement de valeur. J'applique un texte. Je ne dirais pas que je deviens un automate, mais je me positionne dans la coutume, je ne me dis pas "ah, mais ça n'a pas de sens !" "Ah, mais quelles vont être les conséquences ?". Parce que quand vous demandez quelles sont les conséquences vous le faites d'un point de vue du droit commun. Parce que vous n'êtes pas rentré dans l'esprit coutumier. Vous voyez ce que je veux dire ? Ça il y a que les gens qui le vivent et qui sont dans le truc qui ont entre guillemets une espèce de dédoublement de personnalité. Une personnalité de droit commun, une personnalité coutumière. »[2]

Le Magistrat M3 trouve désormais un réel plaisir à exercer sa fonction de juge coutumier, notamment en raison des dossiers qui lui laissent une marge de création et qui le stimulent intellectuellement :

> « Alors le dossier [de demande de changement de sexe à l'état civil coutumier] c'est la première fois que le tribunal est saisi pour dire la coutume. Alors effectivement si vous avez un dossier comme ça et que ça fait trois mois que vous êtes là, vous ne comprenez rien et ça doit être très dur. […] Mais là, voilà, on s'est fait plaisir sur un dossier coutumier. Mais c'est un ou deux vraiment beaux dossiers. »[3]

Néanmoins le Magistrat M3 reconnaît sans complexe qu'en termes de procédure, il préfère encore s'aligner sur la procédure du droit civil :

> « Parce que la procédure — comme il n'y a pas de procédure coutumière, moi je me réfère à la procédure de droit civil en Nouvelle-Calédonie — je me refuse à créer une nouvelle procédure, parce que pour le coup on ne va pas tout créer non plus ! [Rires] »[4]

---

[1] MOORE, Sally Falk. *Law as Process: An Anthropological Approach*. Münster: LIT Verlag Münster, 2000. ; MOORE, Sally Falk. « Certainties Undone ». *Op. cit.*

[2] Entretien avec le Magistrat M3, 29 août 2018

[3] Entretien avec le Magistrat M3, 26 juillet 2017

[4] Entretien avec le Magistrat M3, 26 juillet 2017

En termes méthodologiques, et pour l'analyse du cas dans la suite de la thèse, retenons que l'évolution du Magistrat M3 au sein de la juridiction se reflète dans sa pratique. Ses interventions sont plus fréquentes et assurées lors des audiences et il n'hésite pas à reprendre des justiciables sur leurs « défaillances coutumières »[1]. Son souci principal reste cependant un respect des procédures et des principes coutumiers qu'il a appris au fil des décisions rendues. Néanmoins, même s'il se retranche parfois derrière son éthos professionnel et une application « mécanique » des « principes coutumiers », il s'engouffre avec un plaisir non dissimulé dans les possibilités offertes par cette juridiction, en termes d'innovations procédurales, pour « dire la coutume » et « la faire évoluer »[2].

À l'aide de ce condensé d'observations ethnographiques et d'entretiens révélateurs des trajectoires et convictions professionnelles des magistrats, il est déjà visible que la notion de « coutume » seule ne permet pas de rendre compte des multiples opérations du droit à l'œuvre dans la production d'une décision des chambres coutumières. Ces décisions fusionnent des réflexions sur le droit coutumier et des procédures juridiques classiques. Pour saisir ce raisonnement, il faut également comprendre le rôle des assesseurs coutumiers dans la production du droit coutumier, ce qui ne peut être fait qu'à l'aide de données ethnographiques, alliées à des entretiens et des croisements de données de littérature secondaire.

c) Les assesseurs coutumiers : une source du droit coutumier

Le rôle des assesseurs coutumiers au sein des juridictions coutumières est théoriquement fondamental, et sur le terrain, plus difficile à cerner et définir. Les interactions entre les assesseurs coutumiers et les magistrats ne sont pas toujours évidentes, d'un côté pour des raisons matérielles, et de l'autre pour des raisons de prises de parole inégales lors des audiences.

Les audiences observées en province Nord sont révélatrices par exemple du problème de l'absentéisme de certains assesseurs coutumiers qui ne se présentent pas le jour de l'audience. Bien que ce problème ait été résolu au TPI de Nouméa selon la greffière chargée de la juridiction coutumière[3], cela reste une difficulté récurrente pour la section détachée à Koné. À Nouméa, pour s'assurer de la présence d'au moins deux assesseurs coutumiers aux audiences, les

[1] Il s'agit généralement de relever une « défaillance » dans les obligations coutumières rituelles des justiciables.

[2] Entretien avec le Magistrat M3, 19 avril 2019

[3] Observation confirmée lors de mes entretiens avec la Greffière G1 (4 août 2016) et G2 (23 août 2017), au TPI de Nouméa.

greffières[1] convoquent au moins trois d'entre eux. Néanmoins, le TPI de Nouméa a selon les interlocuteurs rencontrés, moins de problèmes à indemniser la présence de trois assesseurs coutumiers, que la section détachée de Koné.

D'un point de vue méthodologique, ici c'est l'observation qui est déterminante pour comprendre le fonctionnement et le sous-effectif relatif de la juridiction coutumière. Comme évoqué plus haut, si à Nouméa et dans les îles, les greffiers ont tendance à rester à leur poste plusieurs années, les fonctionnaires des greffes sont souvent des « expatriés » de passage dans le Nord. Les assesseurs coutumiers sont convoqués par les greffiers. La présence d'un nombre suffisant d'assesseurs coutumiers repose donc en partie sur la connaissance du terrain des greffiers. Lors de mon passage à Koumac le 22 juillet 2016, seul l'un des deux assesseurs coutumiers se présente ; ce qui a pour effet que le juge statue seul sur les décisions. Ce sera le cas pour toutes mes observations d'audiences dans le Nord cette année-là. Cette situation est due, d'une part, à un nombre insuffisant de greffiers en Province Nord, et à un gros taux de renouvellement, qui ne permet pas une intégration et une connaissance suffisante du terrain par les greffiers. D'autre part, cette situation est également le reflet d'un budget insuffisant : en raison de l'indemnisation obligatoirement offerte aux assesseurs coutumiers[2], on ne peut pas prendre le risque d'en convoquer trois (pour s'assurer de la présence d'au moins deux d'entre eux, comme le font les greffières au TPI de Nouméa, qui dispose d'un plus gros budget).

L'ordonnance de 1982 prévoit que les assesseurs coutumiers ne peuvent statuer qu'en nombre pair, probablement pour qu'ils soient plus nombreux que le magistrat[3]. Si un seul est présent, le tribunal est en formation irrégulière, et il n'est possible de statuer que si les parties présentes l'acceptent. Théoriquement, le magistrat doit offrir la possibilité aux parties soit de demander un renvoi à une audience où les assesseurs seront présents, en nombre pair, ou bien d'accepter que l'affaire soit jugée par le magistrat seul, à condition que des éléments jurisprudentiels aient déjà trouvé à s'appliquer dans des cas d'espèce similaires. Daniel Rodriguez, juge pendant plus de 20 ans à la section détachée de Koné, affirme que

[1] Je ne dispose d'entretiens formels enregistrés et retranscrits qu'avec des greffières du TPI de Nouméa.

[2] Entretien avec la greffière chargée des affaires coutumières entre 2007 et 2016 (G1), 4 août 2016, TPI de Nouméa ; Entretien avec la greffière chargée des affaires coutumières depuis 2016 (G2), 23 août 2017, TPI de Nouméa ; Conversations informelles avec le greffier de la section détachée de Koné en audience foraine, le 22 juillet et 1er août 2016.

[3] Ordonnance n° 82-877 du 15 octobre 1982. *Op. cit.*

> « Dans le cas où l'affaire concerne une règle nouvelle, ou bien porte sur une demande de dissolution d'union coutumière ou un conflit foncier, notamment, ayant des fondements complexes, et le plus souvent anciens, le magistrat, s'il est seul, doit prendre de lui-même l'initiative de renvoyer l'affaire à une audience régulièrement composée. La collégialité, abandonnée dans nombre de procédures civiles de droit commun, est ici indispensable pour asseoir la légitimité de la décision coutumière à venir, au terme d'un débat où l'oralité prédomine. »[1]

En tout état de cause, la cour d'appel a rendu une dizaine de décisions à partir de 2007, annulant des jugements émis en première instance, qui ne respectaient pas la composition de la juridiction, réaffirmant que le choix de la présence des assesseurs n'est pas laissé à la simple appréciation du juge[2]. Ainsi, même s'il n'est pas « nécessaire d'interroger les parties et de consigner leur acceptation dans la décision », il est préférable « d'éviter au maximum, pour le juge professionnel, de statuer seul »[3]. D'après mes observations, l'assesseur coutumier présent, même s'il est seul, reste systématiquement pendant les audiences et offre, quand le juge lui demande, un avis sur les problématiques posées.

L'observation des interactions entre assesseurs coutumiers et magistrats est primordiale pour la compréhension du raisonnement juridique, alors que celles-ci ne sont pas visibles dans le jugement final. D'une manière générale, les assesseurs coutumiers sont assez timides dans leurs interactions avec le juge. Leur parole se libère pendant les délibérations, mais surtout lorsque le juge les interroge directement sur un point précis. En effet, alors que les assesseurs coutumiers eux-mêmes restent silencieux pendant la majorité des affaires, les quelques déclarations qu'ils font au cours des audiences observées tendent à suggérer et à avancer un point de vue similaire à celui exprimé par le juge[4]. Tous les assesseurs et les magistrats, interrogés sur la question, ont déclaré que les délibérations internes du tribunal, au cours desquelles les assesseurs peuvent s'exprimer et participer de manière plus active, étaient également systématiquement consensuelles[5].

---

[1] RODRIGUEZ, Daniel. « La juridiction coutumière kanak (Juger en Kanaky) ». *Op. cit.* p. 309.

[2] *Ibid.*

[3] *Ibid.* p. 310

[4] Ces observations étaient déjà partagées lors des observations faites par Benoît Trépied en 2012. Voir TRÉPIED, Benoît. « Urban Kanak Parents on Customary Trial ». *Op. cit.;* TRÉPIED, Benoît. « “Vous avez oublié que vous êtes Kanak !” La justice coutumière face aux nouvelles relations familiales kanak » *Op. cit.*

[5] C'est aussi un constat que j'ai pu faire pendant les délibérations auxquelles j'ai été autorisé à assister.

Il est à noter que les femmes sont drastiquement sous-représentées dans la fonction d'assesseur coutumier. Elles étaient trois femmes pour soixante-seize hommes en 2012[1]. L'une d'entre elles a pris sa retraite en 2016, lors de mon premier terrain de recherche. En 2017, au cours du second, elles n'étaient encore que quatre, pour cinquante-six hommes. C. Salomon a eu accès aux listes de 2019 et n'en recense que cinq pour cinquante-six assesseurs en tout[2]. Il est difficile d'interpréter catégoriquement cette différence puisque, sur le terrain, je n'ai rencontré personne qui s'oppose frontalement à l'intégration des femmes dans la fonction d'assesseurs coutumier. Des pistes d'explication se trouvent probablement en partie dans le fait que les rituels coutumiers traditionnels répondent à une division du travail genrée et stricte. Selon mes interlocuteurs, y compris les deux femmes assesseures coutumiers avec qui j'ai pu m'entretenir, il est problématique pour les femmes de prendre la parole sur certains sujets (notamment les conflits fonciers). De surcroit, les assesseurs coutumiers et les responsables d'aires coutumières que j'ai rencontrés ont justifié cela par un manque systématique de femmes se portant volontaires à la fonction. La fonction d'assesseur coutumier n'est pas un emploi à plein temps, mais plutôt une activité ponctuelle, dédommagée plutôt que rémunérée. Selon les témoignages d'une assesseure coutumier exerçant une profession à temps plein, il est difficile de combiner les deux activités puisque cela lui impose de prendre des jours de congé. Enfin, pour les femmes kanak qui pourraient potentiellement être intéressées[3], il y aurait une timidité générale à l'égard de la possibilité de se déclarer candidate et de faire pression pour une nomination[4]. Ces dernières se font d'ailleurs selon des critères relativement opaques.

Ainsi, en termes méthodologiques, l'ethnographie (observations et entretiens) insérée dans un ensemble de méthodes mobilisées dans une logique d'éclectisme raisonné, est indispensable pour comprendre le fonctionnement des juridictions coutumières. Celles-ci ont été structurées par un petit ensemble de magistrats, dont l'activisme juridique et les trajectoires

---

[1] « "Vous avez oublié que vous êtes Kanak !" La justice coutumière face aux nouvelles relations familiales kanak ». *Op. cit.*

[2] SALOMON, Christine. « Réponses aux violences de genre en Nouvelle-Calédonie : familialisme et inaction politique », *Cahiers du Genre*. 2021, vol. 70 No. 1. p. 83.

[3] J'en ai rencontré quelques-unes, notamment lors séminaire sur les pratiques coutumières, organisé par l'aire Iaaï (Ouvéa) en juillet 2017 à Ouvéa. Je remercie infiniment Jone Passa de m'avoir permis d'assister à ce séminaire.

[4] Ceci est un sentiment général qui découle de mes entretiens et de situations que j'ai observé. Expliquer cet état de fait nécessiterait une enquête de terrain approfondie et dédiée à ce thème de recherche.

professionnelles ont eu de fortes répercussions dans leurs interactions avec les assesseurs coutumiers, pourtant au centre du raisonnement juridique au sein des juridictions coutumières.

Les audiences se sont donc structurées de manière routinière autour de la figure centrale du magistrat, avec des assesseurs coutumiers qui interviennent peu, et pour renforcer les propos du magistrat. Si la composition des juridictions coutumières dans les sections détachées peut occasionnellement être irrégulière en raison de problèmes de personnel et d'organisation des ressources, je n'ai jamais assisté à une audience en formation irrégulière au TPI de Nouméa. Le volume des audiences traitées par le TPI de Nouméa est plus élevé qu'ailleurs ce qui explique une certaine standardisation de la procédure. Celle-ci n'est pas sans liens avec le « cadre coutumier » selon lequel les magistrats comme les assesseurs coutumiers se saisissent de la plupart des affaires présentées (voir chapitre I).

L'utilisation du concept de « coutume » dans l'analyse des décisions prises par les juridictions coutumières va avoir tendance à ignorer tant les interactions qui peuvent exister entre les magistrats et les assesseurs coutumiers, que les opérations juridiques concrètes qui aboutissent à la rédaction d'un jugement. Le jugement invisibilise d'ailleurs lui-même ces interactions, répondant à des critères de rédaction d'un « droit sans auteur »[1]. Le cas d'étude sélectionné met ainsi à l'épreuve les routines établies par les juridictions coutumières.

B - Mettre en exergue une irrégularité dans le fonctionnement des juridictions coutumières par le trouble case

De par la manière dont elle a été introduite, l'affaire de 2017 met en cause la façon habituelle de faire des professionnels du droit des juridictions coutumières. En effet, la justiciable est reçue la première fois uniquement par le magistrat M3, sans les assesseurs coutumiers.

1) Le cahot d'une mécanique bien huilée : présentation du cas

En plein milieu de mon deuxième terrain de recherche en 2017, un cas a retenu mon attention lors d'une journée d'observation d'audiences. En effet, le magistrat a décidé de le traiter différemment, court-circuitant une routine qui commençait à m'être pourtant familière. L'affaire de 2017 se distingue donc par la manière dont elle a été introduite, puisque la justiciable est reçue une première fois uniquement par le Magistrat M3, en l'absence des

[1] FORRAY, Vincent et PIMONT Sébastien. *Décrire le droit… et le transformer : essai sur la décriture du droit*. Paris : Dalloz, 2017.

assesseurs coutumiers. De plus, elle provoque, comme mentionné dans le chapitre I, une hésitation manifeste chez le Magistrat M3, non pas, comme nous allons le voir, sur la décision à prendre, mais sur *comment* la prendre. L'affaire de 2017 va ainsi ouvrir la porte à un raisonnement juridique « hors cadre coutumier » entraînant la visibilisation des épreuves coutumières à l'œuvre dans les prises de décisions des juridictions coutumières.

08/08/2017 Audiences coutumières, Tribunal de première instance de Nouméa, Nouvelle-Calédonie[1]

Après une matinée chargée d'une bonne dizaine de dossiers, le juge nous libère pour une heure de déjeuner bien méritée. Les trois assesseurs coutumiers s'en vont chercher à manger à la station-service, au coin de la rue. Bien que je m'attarde quelque peu dans l'espoir de pouvoir discuter un peu plus longuement avec le juge, celui-ci me signifie qu'il va rester étudier quelques dossiers, seul dans la bibliothèque du tribunal à l'aide la greffière (G2). Je me retire donc pour prendre mon déjeuner à l'extérieur du tribunal. Je reviens néanmoins un peu en avance, toujours dans le but de poser quelques questions sur les dossiers auxquels j'ai pu assister dans la matinée. Le couloir qui sépare la bibliothèque du tribunal où se tiennent les audiences coutumières, du bureau de la greffière est pour le moment encore vide. Seule une dame attend devant le bureau de la greffière. J'entends la greffière qui donne dans son bureau des explications à quelqu'un sur les prochaines dates des audiences coutumières, mais la porte est fermée. Le juge n'a pas encore fini de déjeuner. Un peu surprise, je lui demande s'il avait un dossier urgent à traiter pour raccourcir autant sa pause déjeuner alors qu'une après-midi chargée en affaires se profile. Le juge m'explique alors qu'il vient en réalité de recevoir une justiciable. Je ne dis rien, mais je note que les assesseurs coutumiers ne sont pas encore revenus. Il m'explique alors qu'en raison de la nature de la demande formulée, il a tenu à recevoir la personne seule, pour ne pas heurter la sensibilité des assesseurs coutumiers et préserver la justiciable. Il s'agit d'une demande de changement de sexe à l'état civil coutumier. Il exprime son indécision quant à la marche à suivre dans ce type de situations.

Selon lui, pour accéder à cette demande, il y a trois voies possibles : soit il fait cela discrètement sans les assesseurs coutumiers, comme s'ils ne s'étaient pas présentés lors de

[1] Extrait de notre carnet de terrain, Observation d'audiences coutumières au Tribunal de Première Instance de Nouméa, 8 août 2017.

l'audience, comme cela arrive de temps à autre, et il substitue donc le droit commun au droit coutumier (à moins qu'il y ait une jurisprudence en la matière) soit il formule une question officielle à l'aire pour leur demander un éclairage sur de potentielles solutions coutumières (aire Djubéa-Kapume). La dernière solution — que le juge préfère éviter — est celle du changement de statut, qui n'est pas le souhait de la justiciable d'après lui.

Je lui signale qu'il y a au moins un jugement à ma connaissance qui a été rendu en la matière par la section détachée de Koné en 2015[1]*. La greffière (G2) se joint à la discussion une fois la justiciable partie et propose d'entamer les recherches nécessaires pour retrouver ce cas.*

À la fin de notre discussion, le juge m'annonce qu'il décide de faire une demande officielle à l'aire pour faire avancer la réflexion.

Il s'agissait en somme d'un « événement »[2] dans un processus par ailleurs relativement linéaire. Habituée au fonctionnement routinier décrit plus haut, ce cas m'a immédiatement interpellée. Plus que le sujet du cas, c'est bien la réaction du magistrat qui a attiré mon attention. En dépit des différents lieux parcourus et des différentes personnes (magistrats, assesseurs coutumiers, greffiers) rencontrées pendant les terrains, des régularités sont empiriquement observables dans la manière dont l'élément coutumier est traité dans ces affaires. Une énorme partie des cas se résout à l'aide de la même opération juridique, à savoir le contrôle de la conformité des demandes « d'autorisations coutumières » effectuées à l'extérieur du tribunal (*i.e.* « geste coutumier » ou acte coutumier). Si les justiciables n'ont pas respecté ce préalable coutumier, l'affaire est soit renvoyée, soit traitée à l'aide de la jurisprudence, non sans que les justiciables aient été sermonnés à ce sujet. La vérification de l'existence d'un préalable coutumier peut s'apparenter à une opération de validation par une autorité externe, sur laquelle les juridictions s'appuient pour décider de la marche à suivre dans les cas traités. La recherche d'appuis externes de validation constitue l'une des logiques constitutives du droit coutumier.

Pour inscrire ce type de régularité du raisonnement juridique des juridictions coutumières dans un cadre théorique plus large il est possible de reprendre la distinction faite par J. Colemans qui retrace le raisonnement juridique des magistrats siégeant au Conseil d'État

[1] Christine Bidaud-Garon, « Éclairage jurisprudentiel — commentaire de décision, Tribunal de première instance de Nouméa, section détachée de Koné, 12 juin 2015, RG 15/00050 : Changement de sexe et de prénoms d'une personne de statut civil coutumier » [2016] Veille et Éclairage Juridique 9.

[2] BENSA, Alban et Éric FASSIN. « Les sciences sociales face à l'événement », *Terrain*. Mars 2002 No. 38. p. 5–20.

belge[1]. Cette dernière distingue trois moments dans le raisonnement des magistrats : une « première impression » à la lecture du dossier, une série « d'épreuves » qui permettent d'arriver à une « conviction » (qui ne correspond pas nécessairement à une « certitude »). En raison de leur expérience professionnelle au sein des chambres coutumières et d'un corpus de précédents non négligeable, les magistrats et les assesseurs coutumiers saisissent très vite les enjeux et les règles à mobiliser à chaque nouveau cas. Ce que les « épreuves » visent à régler réside dans un certain type de contrôle de légalité[2] : les parties sont-elles bien « autorisées » par les différentes instances coutumières (que ce soit le fait d'avoir effectué un « geste coutumier » ou établi un « acte coutumier » préalablement à l'audience) ? Le respect ou non de ces demandes d'autorisation va décider de la voie suivie par la cour coutumière et permettre d'aboutir à une conviction. Quand « l'épreuve » coutumière n'est pas passée, soit l'affaire est renvoyée pour que les justiciables puissent fournir les documents demandés, soit les justiciables sont sermonnés et l'affaire est réglée sur la base de décisions antérieures. Le traitement des affaires par le biais de ces épreuves « stabilise » la coutume comme un ensemble d'opérations de vérification qui effectuent un déplacement du contenu des règles (substantielles) vers les procédures (autoriser, demander, produire un acte). Ce mouvement est l'une des caractéristiques de la fabrique du droit coutumier.

Face à l'hésitation du magistrat quant à la marche à suivre, je me suis donc engouffrée dans une posture d'observation participante classique en lui signalant le cas de 2015[3]. Nonobstant l'effet de surprise, le cas a permis avant tout de rendre visible le raisonnement juridique du magistrat, plus à même de le verbaliser dans cette situation.

Il s'agit maintenant d'expliquer le choix d'une étude de « cas » ou de la « pensée par cas » pour mettre au jour les opérations juridiques. L'approche casuistique a fait ses preuves comme le montre le travail de Llewellyn et Hoebel sur les communautés cheyennes au début du

[1] COLEMANS, Julie. *L'ordinaire du contentieux administratif*. *Op. cit.*

[2] Il s'agit en France d'une procédure par laquelle le représentant de l'État (*i.e.* un préfet) s'assure de la conformité à la loi des actes pris par les collectivités territoriales et certains établissements publics. Dans ce cas-ci je l'utilise à l'échelle des juridictions coutumières, dont le cadre coutumier consiste bien souvent à contrôler la conformité du préalable coutumier.

[3] SOULE, Bastien. « Observation participante ou participation observante ? Usages et justifications de la notion de participation observante en sciences sociales », *Recherches qualitatives*. 2007, vol. 27 No. 1. p. 127-140. ; DEWALT, Kathleen et Billie R. DEWALT. *Participant Observation : A Guide for Fieldworkers*. 2e édition. Plymouth, Royaume-Uni : AltaMira Press, 2011.

XXe siècle[1]. Leur hypothèse était qu'il y a « trois routes pour explorer la texture juridique d'une culture »[2]. L'une est « idéologique » et étudie les « règles » qui canalisent et contrôlent les comportements ; la seconde est « descriptive » et se penche sur la pratique ; tandis que la troisième « consiste en une quête des occasions de frictions, de conflits, de griefs, de troubles »[3]. Bien que les trois routes se croisent et interfèrent, notre cheminement empruntera principalement la troisième route en explorant ce que Llewellyn et Hoebel ont appelé un *trouble-case,* défini ainsi :

> « Un cas de trouble est également un cas de doute, un cas où la discipline a failli, un cas où une personnalité déréglée fait irruption en adoptant de nouveaux modes d'action ou de nouvelles orientations, un cas, encore, où une institution ancienne se trouve éprouvée par des forces émergentes. C'est le cas de trouble qui fabrique, brise, tord ou pose catégoriquement une règle, une institution ou une autorité. Tous les cas n'en font pas autant. […] Les cas conflictuels, parcourus et examinés avec attention, représentent ainsi la route principale la plus sûre pour la découverte du droit. Les données qu'ils apportent sont la plupart du temps certaines. Leur rendement est le plus riche. Les cas conflictuels sont les plus révélateurs. »[4]

Un *trouble case* est donc un cas qui « fait », « brise », « tord » ou « établit » une règle, une institution ou une autorité. Il se rapproche de l'idée « d'événement », dont l'intérêt pour la recherche en sciences sociales a été défendu par Alban Bensa et Éric Fassin.

> « Pour les sciences sociales, l'événement pose problème. Elles l'ignorent le plus souvent. Ainsi, la description ethnographique privilégie la banalité quotidienne, ou s'attache à la répétition rituelle, tandis que, en miroir de l'ethnologie, l'anthropologie oublie volontiers la temporalité. Si la première appréhende la culture en son essence, la seconde préfère penser l'universalité dans son abstraction. »[5]

En cela, l'événement est difficile à appréhender par les sciences sociales. Celui-ci provoque en effet une « rupture d'intelligibilité » :

> « L'évidence habituelle de la compréhension est soudain suspendue : à un moment donné, littéralement, on ne se comprend plus, on ne s'entend plus. Le sens devient incertain. Loin d'interpréter comme nous le faisons quotidiennement, sans y songer ou

---

[1] LLEWELLYN, K.N. et E.A. HOEBEL. The Cheyenne Way: Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence. *Op. cit.*

[2] *Ibid.* p. 27

[3] *Ibid.* p. 28

[4] *Ibid.* p. 35

[5] BENSA, Alban et Éric FASSIN. « Les sciences sociales face à l'événement », *Terrain*. 1 mars 2002 No. 38. p. 5.

> presque, tout à coup, nous ne sommes plus assurés de nos grilles de lecture. Tandis que nous vivons d'ordinaire dans le régime de ce qui va sans dire, nous voici plongés avec l'événement dans le régime extraordinaire de ce qui ne sait plus se dire, ou du moins n'en est plus si sûr. »[1]

Paul Veyne insiste également sur l'idée qu'un événement n'est pas une donnée naturelle, il s'agit plutôt d'identifier « ce qui fait » ou « ce qui ne fait pas » événement, dans un contexte spécifique[2]. L'événement, ou dans notre cas, le *trouble case*, s'apparente à une incertitude existentielle ou phénoménologique, selon la typologie de Laurent Dousset, qui provient de l'impossibilité d'apprécier une situation ou un événement inattendu, en raison de l'absence de précédent[3]. À ce titre, il constitue une occasion d'élaborer une nouvelle grille de lecture pour analyser les juridictions coutumières. Cette grille de lecture ne peut pas passer comme nous l'avons vu dans le chapitre précédent par l'utilisation du concept de « pluralisme juridique » ou de « coutume », qui n'aident pas à comprendre le raisonnement juridique à l'œuvre derrière l'élaboration de la décision judiciaire.

Lors d'un entretien avec le juge qui a tranché le cas, un an à peine après la décision qu'il a prise, deux autres demandes de changement de sexe à l'état civil coutumier ont été formulées, et accordées, par un copié-collé raisonné de la décision à l'étude[4]. Cette décision représente donc une rupture tout en établissant les bases d'une continuité ultérieure. Yan Thomas a montré que la généralisation d'une « exception » n'est pas une extension linéaire d'une particularité à une généralité, mais bien au contraire, que

> « c'est au moment même de l'exception lorsqu'une solution se saisit en sa circonstance la plus extrême que son degré de généralité est au plus haut »[5].

Y. Thomas soutient donc que nous n'observons pas un processus de généralisation dans ce cas, « mais plutôt une stabilisation de l'exceptionnel »[6]. Si nous prenons notre étude de cas, en

---

[1] *Ibid.* p. 8-9

[2] « Le non-événementiel, ce sont les événements non encore salués comme tels : histoire des terroirs, des mentalités, de la folie ou de la recherche de la sécurité à travers les âges. On appellera donc non-événementiel l'historicité dont nous n'avons pas conscience comme telle ». VEYNE, Paul. *Comment on écrit l'histoire ?* Paris : Seuil, 1971. p. 119.

[3] DOUSSET, Laurent. *Pour une anthropologie de l'incertitude*. Bibliothèque de l'anthropologie : CNRS Éditions, 2018.

[4] Entretien téléphonique avec Magistrat M3, magistrat à la section détachée du TPI de Nouméa à Lifou, en charge des affaires coutumières au TPI de Nouméa.

[5] THOMAS, Yan. *Les opérations du droit*. Paris : Seuil, 2011. p. 209.

[6] *Ibid.*

paraphrasant la formule subtile de Y. Thomas, il y a une « inclusion du général dans le particulier », « où l'extraordinaire [un cas que le magistrat ne sait pas d'emblée comment traiter et résoudre] et l'ordinaire [le raisonnement juridique encadré par la procédure] se conjoignent »[1].

L'exceptionnalité du cas se situe en ce qu'il permet la révélation de rouages parfaitement routiniers. En d'autres termes, le cas d'étude est le navire (plutôt que le frêle esquif) qui permet de voyager entre le particulier et le général. Poursuivant les chemins de réflexions ouverts par Y. Thomas, cette recherche considère que le cas de trouble présente le plus haut degré de généralité au moment de son exception. Le droit (coutumier) est ainsi fait que les *trouble cases* ont tendance à stabiliser une situation exceptionnelle, pour en faire quelque chose qui n'est plus si exceptionnel. Il permet en quelque sorte de donner un éclairage différent à des opérations rendues moins visibles par la routine.

2) L'intérêt du cas d'étude : circonscrire le champ de la recherche

Si l'on replace les considérations soulevées dans ce chapitre, l'intérêt du cas à l'étude est multiple. Il relève du *trouble-case* pour plusieurs raisons. D'un point de vue ethnographique, en vertu de l'approche abductive, l'élément de surprise (la mienne) a été la porte d'entrée. Il y a également le comportement du magistrat, qui est sorti de la procédure routinière pour accueillir la justiciable sans les assesseurs coutumiers. Il y a son hésitation exprimée lors des entretiens, due au manque de références textuelles et plus précisément à l'absence de précédent, à sa connaissance[2]. En d'autres termes, si l'on croise les observations et les sources secondaires, on peut constater qu'à l'hésitation observée ethnographiquement s'ajoute la rareté numérique du cas[3].

De plus, le sujet du cas — une demande de changement de sexe à l'état civil coutumier — est manifestement un sujet sensible pour les professionnels du droit. Le sujet du cas est l'un des éléments qui ont provoqué l'écart à la routine. Le sujet du cas permet ainsi de potentiellement

---

[1] THOMAS, Yan. *Les opérations du droit. Op. cit.*

[2] Hormis un précédent de 2015 que je lui ai signalé. Voir *supra*.

[3] Quatre occurrences en tout selon les entretiens que j'ai pu mener entre 2015 et 2019.

montrer une autre facette de la juridiction coutumière : celle d'une décision considérée comme « progressiste » par une institution qui a souvent été accusée de favoriser un double patriarcat[1].

Ainsi c'est au moment du traitement d'un cas de trouble que la visibilité de l'épreuve coutumière est à son paroxysme. En effet, l'idée d'épreuve coutumière n'a de consistance qu'à condition de mettre en place l'ensemble de méthodes exposées plus haut dans ce chapitre. Les opérations du droit constitutives du raisonnement juridique ne sont pas visibles à la seule lecture du jugement. La seule façon d'en rendre compte est de croiser des données récoltées de manière éclectique, mais raisonnée. En termes méthodologiques, il est indispensable de comprendre les critères matériels et immatériels qui animent les professionnels du droit lors des prises de décision. Le raisonnement juridique n'est jamais déployé dans l'abstrait, mais répond à un ensemble de critères normatifs et procéduraux, qui prennent eux-mêmes place dans un cadre plus ou moins propice à leur déploiement. L'épreuve coutumière correspond donc à un ensemble d'opérations juridiques effectuées par les professionnels du droit, mais dont les ressorts sont plus larges que le jugement écrit et le cadre matériel dépasse la salle d'audience où celui-ci a été conçu.

Il devient ainsi clair que l'objectif de cette recherche ne réside pas dans la mise en relation de la question des trans' avec celle de la coutume. Le but de l'étude n'est pas de documenter les parcours des personnes trans' relevant du statut coutumier, face à la diversité des normes qu'iels vivent. Après une revue de littérature extensive, il apparaît que la question du genre et des identités sexuelles alternatives est une question peu étudiée dans la littérature académique portant sur la Nouvelle-Calédonie. Plus spécifiquement, concernant la question trans' il n'y a à ma connaissance qu'une seule recherche, doctorale, qui a été effectuée sur la question en Nouvelle-Calédonie[2], faisant elle-même état d'une sous-représentation du sujet dans les recherches de sciences sociales calédoniennes, comparées à d'autres territoires du Pacifique[3]. Ceci étant dit, l'angle de ma question est uniquement axé sur la question du raisonnement juridique et des opérations du droit. À ce titre, les représentations des acteurs sont prises au

---

[1] DEMMER, Christine et Christine SALOMON. « Droit coutumier et indépendance kanak », *Vacarme*. 27 décembre 2013 No. 64. p. 63-78. ; NICOLAS, Hélène. « Patriarcat kanak, patriarcat colonial », *Mouvements*. 28 août 2017, vol. 3 No. 91. p. 114-121.

[2] MARMOUCH, Maroua. *Transgenres en Nouvelle-Calédonie : discussions intimes sur des parcours de vie wallisiens et quelques parcours kanak, Op. cit.*

[3] MARMOUCH, Maroua. « Migration, urbanisation et émergence des transgenres wallisiennes dans la ville de Nouméa », *Journal de la société des océanistes*. 15 décembre 2017 No. 144-145. p. 185-194.

sérieux, mais leur présentation ne prétend à aucune généralité sur la question trans’ au sein de la coutume.

Ce sont les mécanismes de prise en charge par la juridiction coutumière des demandes de changement de sexe à l’état civil coutumier qui sont étudiés ici. La substance de la thèse ne repose donc pas sur le genre ou les trans', mais sur les opérations du droit, au cours desquelles droit et coutume s’éprouvent mutuellement. Enfin, le cas ne fait donc l’objet d’aucune publication pour le moment[1]. Ce qui permet à cette recherche de combiner de manière originale ce matériau nouveau et des considérations classiques concernant la production du droit et du droit coutumier.

[1] Seule la décision de 2015 a fait l’objet d’un article. BIDAUD-GARON, Christine. « Éclairage jurisprudentiel — Commentaire de décision, Tribunal de première instance de Nouméa, section détachée de Koné, 12 Juin 2015, aff. n° 15/00050 : Changement de sexe et de prénoms d’une personne de statut civil coutumier », *Veille et Eclairage Juridique*. octobre 2016 No. 3. p. 9-13.

III - Inscrire les juridictions coutumières dans leur histoire coloniale

La Nouvelle-Calédonie devient un territoire français en 1853. L'archipel, loin d'être vierge, était déjà peuplé d'une civilisation présente depuis un peu plus de trois mille ans. Les premiers contacts avec les Kanak ont été initiés dès la fin du XVIIIe siècle, avec le passage de James Cook et de ses équipages en 1774. Des rapports mercantiles se développent avec des baleiniers et des santaliers, notamment anglais, dans les années 1840. C'est à la même époque que des missions protestantes comme catholiques s'imposent petit à petit sur le territoire. Ce n'est qu'au cours de la seconde moitié du XIXe siècle — avec la prise de possession de la Nouvelle-Calédonie par la France — que se dessine le chemin de l'exclusion des Kanak, par des cantonnements, liés au projet de colonisation de peuplement de l'archipel choisie par la France. L'histoire de ségrégation de cette population ne prend pas fin avec l'octroi de la citoyenneté aux Kanak en 1946, mais pèse toujours sur la nature des rapports sociaux contemporains. Cette histoire a conduit au maintien de clivages raciaux et sociaux encore visibles ; et dans le monde kanak, elle a contribué à forger une identité « basée essentiellement sur la reconstruction des systèmes politiques au sein des réserves »[1]. Isabelle Merle constate à ce propos que

> « Les réserves indigènes ne sont pas pensées en 1868 comme des lieux refuges, même si elles ont pu apparaître comme telles par la suite (Douglas 1972 : 394-396 ; Dauphiné 1987 : 40-41 ; Saussol 1979). L'enjeu fondamental, pour l'administration de Guillain, consiste surtout à dégager de nouveaux terrains pour la colonisation en repoussant les Kanak sur des zones délimitées qui pourront toujours être réduites "en cas de nécessité". »[2]

Si l'ère coloniale est donc marquée par une double dynamique d'interventionnisme et de relatif laisser-faire, entre politique active de colonisation de peuplement et de cantonnement des populations kanak d'une part, et faible intervention au sein des réserves autochtones et dans la politique économique du territoire d'autre part (A), l'accès à la citoyenneté des Kanak, et plus encore leurs revendications d'indépendance (souveraineté externe), ou de représentation parmi les institutions étatiques (souveraineté interne) vont donner lieu à des innovations importantes,

[1] DEMMER, Christine. *Les héritiers d'Eloi Machoro (1941-1985) : une génération nationaliste au pouvoir à Amââ et Kûöö, villages de Xârâcùù (Canala), Nouvelle-Calédonie*, Thèse de doctorat en ethnologie et anthropologie sociale. Paris : EHESS, 2002. p. 8.

[2] MERLE, Isabelle. « La définition de la propriété indigène ». *Op. cit.* p. 217

dont la création d'institutions « coutumières », y compris au niveau territorial, tranchant avec le caractère éminemment local des coutumes (B). Les juridictions coutumières ont longtemps cherché leur place dans ce nouvel appareillage institutionnel coutumier qui répond à des préoccupations de projets de société « pluralistes ». L'une de leurs ambiguïtés inhérentes est leur articulation avec les droits fondamentaux, soumis à un régime dérogatoire (C).

A - L'administration coloniale : entre interventionnisme et « laisser-faire »

L'histoire coloniale, notamment à travers les mouvements successifs de spoliations foncières, est cruciale dans la compréhension de l'histoire calédonienne contemporaine (1). Elle explique que la problématique foncière structure profondément les revendications politiques kanak au sein des courants nationalistes de la seconde partie du XXe siècle et les dynamiques politiques kanak endogènes[1]. Ces spoliations vont de pair avec un régime juridique d'exception pour les Kanak, le régime de l'indigénat (1887-1946), dont les juridictions coutumières sont les héritières (2).

1) La colonisation de peuplement par les spoliations foncières

I. Merle a montré comment les enjeux du peuplement colonial[2] ont lourdement pesé sur les origines du choix politique de cantonner les Kanak dans des réserves[3]. La Nouvelle-Calédonie devient ainsi une terre privilégiée de peuplement. Les moyens de peuplement et d'occupation relèvent principalement du bagne, mais aussi des politiques de peuplement volontaire, qui connaîtront différentes phases[4]. Si le territoire est utilisé comme un véritable déversoir pour les populations indésirables, la France semble se désintéresser complètement de leur sort et l'entière responsabilité de ces populations est confiée à la charge des gouverneurs locaux qui se succèdent à partir de 1854[5].

Il faut noter une divergence fondamentale de traitement entre la Grande Terre (l'île principale), où la spoliation massive de terres est effectuée au profit, comme nous l'avons dit,

---

[1] NAEPELS, Michel. *Histoires de terres kanakes. Op. cit.*

[2] MERLE, Isabelle. *Expériences coloniales. Op. cit.*

[3] MERLE, Isabelle. « La construction d'un droit foncier colonial. De la propriété collective à la constitution des réserves en Nouvelle-Calédonie », *Enquête. Archives de la revue Enquête*. 1999 No. 7. p. 97-126. ; MERLE, Isabelle. « La définition de la propriété indigène ». *Op. cit.*

[4] MERLE, Isabelle. *Expériences coloniales*. *Op. cit.*

[5] *Ibid.*

de la colonisation de peuplement[1] ; et les îles Loyauté, où il s'est plutôt agi d'une colonisation missionnaire[2], avec une réorganisation du peuplement autour des missions, que Jean-Brice Herrenschmidt a appelé une « villagisation missionnaire »[3].

Les dates déterminantes dans la construction de l'appareil administratif colonial qui régulait les rapports entre « indigènes » et État français sont la création de la tribu, en 1867, la mise en place du régime de l'indigénat en 1887, la réorganisation des chefferies en 1897.

D'après ces documents, la tribu est un « regroupement d'indigènes », dirigée par un chef ; et elle est reconnue comme une entité juridique responsable collectivement des délits commis sur son territoire[4]. De même, c'est seulement une propriété collective qui est admise pour les Kanak (1868), et les terres des réserves sont insaisissables, incommutables et inaliénables[5]. Par cette dernière caractéristique, il faut comprendre qu'elles sont soustraites au marché foncier d'achat-vente, ce qui n'empêche pas que leurs frontières soient soumises aux besoins de la colonie de peuplement et par conséquent puissent être remaniées par l'Administration coloniale à tout moment, plaçant les Kanak « sous le risque d'un droit perpétuel d'expropriation par l'État pour les terrains jugés nécessaires aux travaux d'utilité publique, dont les besoins pour la colonisation »[6]. L'invention de la propriété collective kanak constitue en fait la première étape de la suppression de la notion de propriété foncière indigène, au profit d'un droit d'usage (art. 9 du décret de 1876). Le confinement des Kanak dans des réserves atteint son apogée sous le gouverneur Feillet. En trois ans (1897-1900), 33 000 hectares de terres sont confisqués aux Kanak au nom de la colonisation de peuplement[7].

---

[1] SAUSSOL, Alain. *L'Héritage : essai sur le problème foncier mélanésien en Nouvelle-Calédonie : essai sur le problème foncier mélanésien en Nouvelle-Calédonie*. Paris : Musée de l'Homme, 1979. ; DAUPHINE, Joël. *Les spoliations foncières en Nouvelle-Calédonie (1853-1913). Op. cit.*

[2] ANGLEVIEL, Frédéric (éd.). *Rivalités coloniales et missionnaires en Océanie : 1688-1902*. Paris : Karthala, 2008.

[3] HERRENSCHMIDT, Jean-Brice. *Territoires coutumiers et projets de développement en Mélanésie du Sud (Iles Loyauté, Vanuatu, Fidji)*, Thèse de doctorat en Géographie. Paris : Université Paris-Sorbonne, 2004.

[4] Arrêté du 24 décembre 1867. *Op. cit.*

[5] Arrêté du 22 janvier 1868 relatif à la constitution de la propriété territoriale indigène, BONC, 1868, p. 17-21

[6] MERLE, Isabelle et Adrian MUCKLE. *L'indigénat. Genèses dans l'Empire français, pratiques en Nouvelle-Calédonie. Op. cit.* p. 107-108

[7] DAUPHINE, Joël. *Les spoliations foncières en Nouvelle-Calédonie (1853-1913). Op. cit.* p. 211

S'ajoutant aux spoliations foncières massives, la « question indigène » est traitée par la mise à l'écart des Kanak, tant sur le plan physique qu'administratif, puisque le « statut indigène » n'est jamais véritablement défini[1]. La structuration de l'administration coloniale par rapport à cette question est en effet lente et tardive. Le point central est probablement que l'enfermement des Kanak dans des réserves et l'idée latente, teintée d'évolutionnisme, de leur disparition rendent en quelque sorte inutile[2] la mise en place d'un dispositif trop lourd et couteux[3]. Néanmoins, l'exclusion physique des Kanak est renforcée par l'exclusion juridique puisqu'ils sont soumis au régime de l'Indigénat.

2) La justice à plusieurs vitesses par le régime de l'Indigénat

Les Kanak sont soumis au régime de l'Indigénat à partir de 1887. La nationalité divorce de la citoyenneté au moment où ces mesures sont appliquées pour la première fois en Algérie en 1856[4]. L'idée motivant ces dispositions est que l'on a affaire à des populations dont les coutumes sont trop archaïques pour être codifiées et trop arriérées pour bénéficier du droit civil[5]. C'est ainsi que le 18 juillet 1887, le statut de l'Indigénat est instauré par décret, initialement pour dix ans. Les Kanak sont dès lors placés hors du droit commun et sont assujettis à la discipline de l'administration coloniale. D'extension en prolongation, cette loi qui sera régulièrement alimentée par des décrets formera le contour du régime de l'Indigénat. I. Merle remarque que l'on qualifie parfois à tort le régime de l'Indigénat de code de l'Indigénat. En effet, celui-ci ne constitue pas un ensemble codifié et homogène, mais un assemblage disparate de textes de loi, adapté à des particularités locales, de manière particulièrement répressive en Nouvelle-Calédonie[6]. La Nouvelle-Calédonie entre donc à cet égard dans une situation

---

[1] MERLE, Isabelle. « Retour sur le régime de l'indigénat : Genèse et contradictions des principes répressifs dans l'Empire français », *French Politics, Culture & Society*. 2002, vol.20 No. 2. p. 77-97. ; MERLE, Isabelle. « De la "légalisation" de la violence en contexte colonial. Le régime de l'indigénat en question », *Politix*. 2004 No. 2. p. 137-162. ; MERLE, Isabelle et Adrian MUCKLE. *L'indigénat. Genèses dans l'Empire français, pratiques en Nouvelle-Calédonie*. *Op. cit.*

[2] PESTAÑA, Gilles. « Du spectre du dépeuplement à celui de l'indépendance. Enjeux et représentations des dynamiques démographiques des espaces ruraux de Nouvelle-Calédonie », *Espace populations sociétés*. 20 mars 2016.

[3] BENSA, Alban. « Colonialisme, racisme et ethnologie en Nouvelle-Calédonie ». *Op. cit.*

[4] MERLE, Isabelle. « Retour sur le régime de l'indigénat ». *Op. cit.*

[5] SAADA, Emmanuelle et Gérard NOIRIEL. *Les enfants de la colonie : les métis de l'Empire français entre sujétion et citoyenneté.* Paris : Éditions La Découverte, 2007.

[6] MERLE, Isabelle. « De la "légalisation" de la violence en contexte colonial. Le régime de l'indigénat en question ». *Op. cit.*

« temporaire permanente »[1]. Une définition officielle de ce qu'est un « indigène » n'est mise par écrit dans le décret n° 681 que le 3 septembre 1915, à l'occasion d'un renforcement de l'Indigénat[2].

Cette dissociation assumée entre nationalité et citoyenneté ouvre un espace dans le droit, espace où le principe d'exceptionnalité gouverne, négligeant évidemment le principe républicain fondamental d'égalité[3]. C'est la création de sujets passifs subissant une souveraineté imposée[4]. Paradoxalement, il faut attendre 1930 pour que les textes officiels fassent spécifiquement mention d'un statut particulier concernant le peuple kanak[5]. Avant cela, les seules mentions d'un statut particulier kanak sont faites dans le but de prévenir une intervention du droit commun et l'application du Code civil dans des litiges concernant des Kanak[6]. D'ailleurs, l'accession à la citoyenneté française n'est permise aux Kanak qu'à partir de 1932. Mais celle-ci n'est usitée qu'au compte-goutte, ne bénéficiant qu'à de rares anciens combattants[7].

I. Merle a montré à quel point le statut de l'Indigénat ne récoltait pas un soutien inconditionnel au sein du Parlement français, loin de là, comme le montrent des débats virulents entre 1900 et 1914[8]. Certains parlementaires n'hésitent pas à parler de « monstruosité juridique »[9]. La séparation des pouvoirs et l'état de droit deviennent des mirages lointains dans

---

[1] *Ibid.*

[2] MUCKLE, Adrian. « The presumption of indigeneity: Colonial administration, the "community of race" and the category of *indigène* in New Caledonia, 1887–1946 », *The Journal of Pacific History*. 2012, vol.47 No. 3. p. 309-328.

[3] MERLE, Isabelle. « De la "légalisation" de la violence en contexte colonial. Le régime de l'indigénat en question ». *Op. cit.*

[4] HUSSAIN, Nasser. *The jurisprudence of emergency: colonialism and the rule of law*. Ann Arbor : University of Michigan Press, 2003.

[5] MERLE, Isabelle. « Du sujet à l'autochtone en passant par le citoyen. Les méandres, enjeux et ambiguïtés de la définition du statut des personnes en situation coloniale et post coloniale. Pour exemple, la Nouvelle-Calédonie » in Isabelle MERLE et Elsa FAUGERE (éd.). *La Nouvelle-Calédonie. Vers un destin commun ?* Paris : Karthala, 2010, p. 20-24.

[6] LAFARGUE, Régis. *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie : aux sources d'un droit commun coutumier*. *Op. cit.*

[7] MERLE, Isabelle et Adrian MUCKLE. *L'indigénat. Genèses dans l'Empire français, pratiques en Nouvelle-Calédonie*. *Op. cit.*

[8] MERLE, Isabelle. « De la "légalisation" de la violence en contexte colonial. Le régime de l'indigénat en question ». *Op. cit.*

[9] *Ibid.* p. 139

ces conditions, puisque c'est l'administration coloniale qui rend justice et détient les prérogatives punitives sous l'Indigénat, transformant les décisions arbitraires en routine[1]. Une fois encore, la Nouvelle-Calédonie illustre le « despotisme colonial » qui qualifie selon Mahmood Mamdani le caractère systématique de la non-séparation des pouvoirs dans les colonies[2].

Le régime de l'Indigénat concerne aussi l'interférence massive de l'administration coloniale dans le fonctionnement de l'institution de la chefferie[3]. Bien que la relecture ait commencé dès les années 1860, puisque le titre de chefferie administrative était utilisé comme une carotte pour obtenir le soutien de certains clans, c'est à partir de 1897 que plusieurs décrets sont publiés réorganisant de manière radicale les tribus, avec à leur tête des petits chefs, tous regroupés au sein de districts, à la tête desquels sont placés des grands chefs[4]. Malgré le caractère intrusif de ces décrets pour l'organisation sociale du monde kanak, il n'a jamais été question d'une codification de la coutume à l'instar de certaines colonies d'Afrique[5], ou des colonies du Pacifique sous domination anglaise, comme Fidji[6]. La ségrégation raciale et spatiale a vraisemblablement atténué le besoin de codification à travers une logique d'exclusion. Le rôle des grands chefs est dorénavant de maintenir l'ordre et la paix dans leurs districts. Leurs obligations étaient monnayées par un salaire de misère, et exécutées à l'aide des pouvoirs

---

[1] *Ibid.* p. 158

[2] MAMDANI, Mahmood. *Citizen and subject: contemporary Africa and the legacy of late colonialism*. Princeton (N.J.), Etats-Unis d'Amérique : Princeton University Press, 1996.

[3] MERLE, Isabelle et Adrian MUCKLE. *L'indigénat. Genèses dans l'Empire français, pratiques en Nouvelle-Calédonie*. *Op. cit.*

[4] *Ibid.*

[5] Dans le cas de l'Afrique du Sud, voir, BENNETT, T. W. et T. VERMEULEN. « Codification of Customary Law », *Journal of African Law*. 1980, vol. 24 No. 2. p. 206-219.; BENNETT, Tom W. *Human rights and African customary law under the South African Constitution*. Cape Town, Afrique du Sud: Juta, 1995. ; ZIMMERMAN, Jill. « The reconstitution of customary law in South Africa: Method and discourse », *Harv. Blackletter LJ*. 2001, vol. 17. p. 197.; WRIGHT, Marcia et Martin CHANOCK. « The Making of South African Legal Culture, 1902-1936: Fear, Favour, and Prejudice », *The International Journal of African Historical Studies*. 2001, vol. 34 No. 1. p. 187.; BENNETT, Thomas William. *Customary Law in South Africa*. Cape Town, Afrique du Sud: Juta, 2004. ; TAIWO, E. A. « Repugnancy clause and its impact on customary law: Comparing the South African and Nigerian positions — Some lessons for Nigeria », *Journal for Juridical Science*. Janvier 2009, vol. 34 No. 1. p. 89-115.

[6] C'est à l'initiative de l'administration britannique qu'a été entrepris un travail de codification et de standardisation de la culture fidjienne, de son organisation sociale et politique et de son système de tenure foncière. Voir NORTON, Robert Edward. *Race and politics in Fiji*. New York: St. Martin's Press, 1977.

punitifs qui leur étaient octroyés[1]. Ces obligations consistaient en la collecte d'impôts, le pourvoi de main-d'œuvre auprès de l'administration coloniale. Ils étaient un relai entre l'administration coloniale et les « sujets indigènes »[2]. Les grands chefs encouraient de graves sanctions s'ils ne remplissaient pas leurs fonctions et désobéissaient au Syndic des Affaires indigènes — ce qui n'était pas chose rare[3]. En plus des grands et des petits chefs, les différents décrets de 1897-1898 établissent aussi un Conseil des Anciens pour chaque village, supposé suppléer les chefs dans leurs fonctions.

Michel Naepels observe que

> « Dès la prise de possession de la Nouvelle-Calédonie le 24 septembre 1853, les termes de "tribu", "chef", "conseil des anciens", ainsi que le vocabulaire de la féodalité ont constitué un ensemble de concepts coloniaux d'appréhension des espaces sociaux colonisés et ont été les instruments d'une saisie étatique des formes de gouvernement local en vue de son administration. On pourrait dire que ce sont des données immédiates de la conscience coloniale, en tout cas des catégories centrales de la gouvernementalité impériale. » [4]

Largement inspiré de modèles coloniaux forgés en Algérie, le Conseil des Anciens est « omniprésent dans le discours colonial », mais d'un « faible usage juridique »[5]. Michel Naepels considère que l'arrêté qui instaure formellement la tribu, le 24 décembre 1867, sous-entend à peine un conseil des anciens, à travers la mention de « conseillers »[6]. Si la liste des chefs est progressivement établie, jusqu'à former un maillage exhaustif de la population kanak établie dans les réserves, l'existence d'un conseil des anciens ou d'une institution coutumière similaire, disparaît des textes juridiques. L'administration coloniale s'appuiera surtout sur les grands chefs, instaurés par le décret du 24 octobre 1897 ; puis le service des affaires indigènes, instauré

[1] En cela ils étaient appuyés par le « Syndic des affaires indigènes », dont les fonctions ont été transférées à la gendarmerie avec le gouverneur Feillet en 1897. Il s'agissait des services responsables de la surveillance des « indigènes ». Voir MERLE, Isabelle et Adrian MUCKLE. *L'indigénat. Genèses dans l'Empire français, pratiques en Nouvelle-Calédonie*. *Op. cit.*

[2] *Ibid.*

[3] BENSA, Alban et Christine SALOMON. « Instrumentalisation et malentendus. Les kanaks face à l'appareil judiciaire français de Nouvelle-Calédonie », *Archives de politique criminelle*. 2007, vol. 1 No. 29. p. 171-182.

[4] NAEPELS, Michel. « Une histoire coloniale du "conseil des anciens" en Nouvelle-Calédonie » Op. *cit.*

[5] NAEPELS, Michel. *Conjurer la guerre. Violence et pouvoir à Houaïlou (Nouvelle-Calédonie)*. Paris : Éditions de l'EHESS, 2013. p. 146. À propos du « conseil des anciens, voir notamment les pages 142 à 149.

[6] *Ibid.*

par le décret du 9 août 1898, lui-même structuré autour des grands chefs de districts, et des petits chefs de tribu. Aucun de ces deux documents fondamentaux ne mentionne le Conseil des Anciens[1].

Le formatage juridique des concepts sociaux et des lieux kanak, fonctionne comme une mise à distance de leur réalité sociologique, mécanisme d'abstraction inhérent à toute opération juridique[2]. Nous l'avons déjà vu, la terre kanak par exemple est appréhendée à travers la création de la fiction d'un collectivisme foncier, qui s'accompagne de politiques militaires répressives qui ont également pour effet de perturber voire de détruire la matérialité du foncier kanak et son développement sur le long terme[3]. Cette appréhension des espaces et des concepts sociaux kanak par une mise à distance et une abstraction fait partie intégrante de la conquête de leur monde.

3) L'appréhension coloniale de la coutume

Il découle de ce qui a été expliqué jusqu'ici que l'organisation « coutumière » telle qu'elle est légalement établie et négociée politiquement en Nouvelle-Calédonie contemporaine n'est pas un avatar ou un héritage en ligne directe des relations coutumières précoloniales[4]. C'est une construction sociale, ou plutôt une sorte de « bricolage »[5], qui s'est progressivement constituée au cours de l'histoire coloniale, d'une part comme montré, à travers la colonisation de peuplement, les spoliations foncières et la mise en réserve puis, d'autre part, par la montée ultérieure des revendications indépendantistes kanak[6].

Le monde kanak se caractérise par son morcellement en de multiples chefferies parfois antagonistes, qui explique l'extraordinaire variété linguistique, mais aussi d'institutions politiques et culturelles, diversité qui a perduré jusqu'à nos jours. Les linguistes estiment par exemple qu'il existait 32 langues environ en 1850, dont 28 subsistent actuellement. Ces langues font d'ailleurs l'objet d'un travail de mise à l'écrit, d'inventaire et de préservation

---

[1] *Ibid.* p. 147

[2] HERMITTE, Marie-Angèle. « Le droit est un autre monde ». *Op. cit.*

[3] LE MEUR, Pierre Yves. « Proof and test ». *Op. cit.*

[4] SORIANO, Éric. *La fin des Indigènes en Nouvelle-Calédonie : le colonial à l'épreuve du politique : 1946-1976*. *Op. cit.*

[5] LEVI-STRAUSS, Claude. *La pensée sauvage*. Paris : Pocket, 2015.

[6] SORIANO, Éric. *Une trajectoire du politique en Mélanésie*. *Op. cit*.

systématisée[1]. Le rapport des Kanak à l'espace, qui a tant fasciné les anthropologues, n'est pas dissociable des relations sociales, puisqu'il s'exprime en matière d'identités et d'origines. À ce titre, le clan fonde une appartenance généalogique, alors que la chefferie représente une organisation territoriale[2]. Le clan est un groupe de familles avec un ancêtre fondateur commun rattaché à un site originel, à partir duquel les familles se sont dispersées, selon un itinéraire précis et mémorisé. La généalogie du clan est donc inscrite spatialement[3]. La mobilité des groupes tient à la souplesse et la robustesse des institutions kanak, l'autonomie de chacune des unités étant renforcée par l'éloignement[4]. La chefferie — plus tard transformée en tribu et chefferie administrative par l'administration coloniale — se dessine autour des terroirs où se réunissent les familles issues de clans différents. L'ordre d'arrivée détermine l'organisation du groupe. Les plus anciens sont appelés les maîtres de la terre et forment un centre de décisions[5]. On peut donc parler d'espaces socialisés puisqu'ils représentent et produisent des ordres et des hiérarchies sociopolitiques[6]. La hiérarchie découle des maîtres de la terre, dont l'antériorité fonde le lieu[7]. Cette antériorité est d'autant plus importante qu'elle fonctionne main dans la main avec la mobilité des groupes segmentés, structurés selon un principe de filiation patrilinéaire[8].

Les éléments de l'organisation sociale et politique kanak exposés ci-dessus sont hautement évolutifs. Qu'il s'agisse de l'ancrage social et spatial des sociétés kanak, ou des formes sociopolitiques et lignagères, les mutations historiques et contemporaines ont fait l'objet

---

[1] Voir BENSA, Alban et Jean-Claude RIVIERRE (éd.). *Le Pacifique, un monde épars*. *Op. cit.*

[2] BENSA, Alban. *Histoire d'une chefferie kanak (1740-1878)*. *Op. cit.*

[3] LEBLIC, Isabelle. « Ignames, interdits et ancêtres en Nouvelle-Calédonie », *Journal de la Société des Océanistes*. 2002 No. 114-115. p. 115-127.

[4] BENSA, Alban et Jean-Claude RIVIERRE. *Les chemins de l'alliance : l'organisation sociale et ses représentations en Nouvelle-Calédonie, région de Touho, aire linguistique cèmuhî. Op. cit.*

[5] BENSA, Alban. « Terre kanak ». *Op. cit.*

[6] MONNERIE, Denis. « Nouvelle-Calédonie : La terre et les hommes, la culture et la politique : consensus et confrontations », *Ethnologie française*. 2002, vol. 32 No. 4. p. 613.

[7] SAUSSOL, Alain. « De l'aire clanique à la terre canaque : coutume et revendication nationale en Nouvelle-Calédonie » *Tropiques : lieux et liens : florilège offert à Paul Pélissier et Gilles Sautter*. Paris: ORSTOM, 1989, p. 492-499.

[8] LE MEUR, Pierre-Yves. « Proof and test ». *Op. cit.*

d'études aussi bien archéologiques[1], qu'anthropologiques, nombreuses[2]. L'hypothèse que la configuration sociopolitique et spatiale précoloniale combinait des types de lignages et de clans multilocalisés, et des chefferies polyclaniques territorialisées, a également été émise[3]. P.Y. Le Meur suggère une analyse en termes de « faisceau de droits et d'autorités », empruntée à Benda-Beckmann[4], pour appréhender « ces complexités et ces variations d'usages, d'espaces, d'acteurs, de fonctions et de pouvoir »[5].

La répartition du pouvoir caractéristique de l'ère précoloniale va être soumise à des superpositions de concepts et de formes d'organisations coloniales[6]. On assiste notamment à

---

[1] SAND, Christophe. *« Le temps d'avant » : La préhistoire de la Nouvelle-Calédonie.* Paris : Editions L'Harmattan, 1996. ; SAND, Christophe, Jacques BOLE, et André OUETCHO. *Le début du peuplement austronésien de la Nouvelle-Calédonie : données archéologiques récentes. Op. cit.* ; SAND, Christophe, Jacques BOLE, et André OUETCHO. *« Les sociétés préeuropéennes de Nouvelle-Calédonie et leur transformation historique. L'apport de* l'archéologie » Op. cit.

[2] LEENHARDT, Maurice. *Notes d'ethnologie néo-calédonienne.* Paris : Institut d'ethnologie, 1930. ; LEENHARDT, Maurice. *Gens de la grande terre*. Paris : Gallimard, 1937. ; GUIART, Jean. *Structure de la chefferie en Mélanésie du Sud*. Réédition revue et Augmentée. Paris : Institut d'ethnologie, 1963. ; BENSA, Alban et Jean-Claude RIVIERRE. *Les chemins de l'alliance : l'organisation sociale et ses représentations en Nouvelle-Calédonie, région de Touho, aire linguistique cèmuhî. Op. cit.*; BENSA, Alban. « Terre kanak ». *Op. cit.*; LEBLIC, Isabelle. *Les Kanak face au développement : la voie étroite*. Nouméa ; Grenoble : Agence de développement de la culture Kanak; Presses universitaires de Grenoble, 1993. ; BENSA, Alban. *Chroniques kanak : l'ethnologie en marche*. Paris : Ethnies Documents, 1995. ; NAEPELS, Michel. *Histoires de terres kanakes : conflits fonciers et rapports sociaux dans la région de Houaïlou, Nouvelle-Calédonie. Op. cit.* ; SALOMON, Christine. *Savoirs et pouvoirs thérapeutiques kanaks*. Paris : Presses Universitaires de France, 2000. ; DEMMER, Christine. *Les héritiers d'Eloi Machoro (1941-1985). Op. cit.* ; BENSA, Alban et Antoine GOROMIDO. « Contraintes par corps : ordre politique et violence dans les sociétés kanak d'autrefois » *Le corps humain. Conçu, Supplicié, possédé, cannibalisé*. Paris : CNRS Editions, 2009, p. 546-575. ; TREPIED, Benoît. *Une mairie dans la France coloniale : Koné, Nouvelle-Calédonie. Op. cit.* ; LE MEUR, Pierre Yves. « Locality, mobility and governmentality in colonial/postcolonial New Caledonia: the case of the Kouare tribe », *Oceania*. 2013, vol. 83 No. 2. p. 130-146. ; LEVACHER, Claire. *Les chemins de l'autochtonie en Nouvelle-Calédonie. Op. cit.*

[3] BENSA, Alban, Kacué Yvon GOROMOEDO, et Adrian MUCKLE. *Les sanglots de l'aigle pêcheur : Nouvelle-Calédonie, la guerre kanak de 1917*. Toulouse: Anacharsis, 2015.; SAND, Christophe, Jacques BOLE, et André OUETCHO. « What were the real numbers? The question of pre-contact population densities in New Caledonia », *The Growth and Collapse of Pacific Island Societies: Archaeological and Demographic Perspectives*. 2007. p. 306–325.

[4] BENDA-BECKMANN, F. von et K. VON. « A Functional Analysis of Property Rights, with Special Reference to Indonesia » *Property Rights and Economic Development : Land and Natural Resources in Southeast Asia and Oceania*. London : Kegan Paul International, 1999, p. 15-57.

[5] LE MEUR, Pierre Yves. « Proof and test ». *Op. cit.* p. 7

[6] Voir entre autres SORIANO, Éric. « Le fils du chef : État colonial et production de l'hérédité politique en Nouvelle-Calédonie », *Critique internationale*. 27 octobre 2016, vol. 73 No. 4. p. 37-52.

un glissement entre des figures de pouvoirs multiples, et à l'émergence de l'idée d'un « chef » qui centralise tous les pouvoirs, choisi et promu par l'organisation coloniale[1].

En conséquence, la figure autour de laquelle vont se polariser beaucoup de débats scientifiques vient de la grande figure d'autorité dans l'organisation sociale kanak, qui est celle du chef — élément théorique de stabilité et d'enracinement. Il fait tenir ensemble les différentes unités sociales du terroir, mais est lui-même souvent étranger, issu d'un autre terroir de résidence. Ceci résulte principalement du fait de la soumission par des chefs de guerre de tribus, et des mouvements de populations liées à des conflits, même si l'idée que le chef de guerre est un étranger a probablement été reconstruite idéologiquement par la suite selon A. Bensa[2]. Sa position est très respectée alors qu'il dispose en réalité de peu de pouvoirs effectifs. Il est le garant du contrat conclu entre les différents clans du terroir[3]. La chefferie est donc une base territoriale à partir de laquelle se déploient les relations politiques et les liens claniques[4]. Toutefois, la figure du chef a longtemps été mal interprétée par les administrateurs coloniaux, mais également par les anthropologues. A. Bensa remarque que lorsqu'on évoque la figure du chef au sein du monde kanak, celui-ci est dépeint de multiples façons.

> « Pour certifier la spécificité du monde kanak, il est d'usage d'invoquer le personnage du "chef". […] Pourtant, quand on s'interroge sur ce que le terme recouvre, il apparaît que les réponses sont loin d'être concordantes. D'un auteur à l'autre, l'image du chef oscille entre celle du seigneur guerrier doté de tous les pouvoirs et celle du représentant d'un groupe qui le désigne puis le contrôle »[5].

Cette figure ambivalente que l'on retrouve dans les écrits anthropologiques historiques est due à un autre ensemble d'oppositions liées aux questions d'intégration des étrangers et de mobilité des clans[6].

---

[1] BENSA, Alban. « Le chef kanak. Les modèles et l'histoire » *En pays kanak*. Paris : Edition de la Maison des sciences de l'homme, 2000, p. 9-48.

[2] Sur le sujet voir par exemple BENSA, Alban. *Histoire d'une chefferie kanak (1740-1878). Op. cit.*

[3] BENSA, Alban et Jean-Claude RIVIERRE. *Les chemins de l'alliance : l'organisation sociale et ses représentations en Nouvelle-Calédonie, région de Touho, aire linguistique cèmuhî. Op. cit.*

[4] GUIART, Jean. *Structure de la chefferie en Mélanésie du Sud*. *Op. cit.*

[5] BENSA, Alban. *« En pays kanak ». Op. cit.* p. 9

[6] C. Sand, propose de ne pas surestimer la mobilité kanak, mais plutôt de la contextualiser. Elle serait le résultat du choc sanitaire et démographique produit par les premiers contacts avec les Européens entre la fin du XVIIIe siècle et le début du XIXe siècle. Il semblerait que la société kana pré-contact était alors une société villageoise, organisée autour de chefferies sans doute plus ancrées dans ses territoires, autour de tarodières irriguées et de billons d'igname. Voir SAND, Christophe. *Le temps d'avant*. *Op. cit.*

Par ailleurs, comme je l'ai déjà laissé entendre, l'instauration de « tribus » kanak, dirigées par des « chefs », ou épaulées par un « conseil des anciens », n'a rien à voir avec la tradition ou les coutumes kanak[1]. À partir de 1867, on systématise un principe qui devient une réalité, en désignant des tribus, et en nommant des chefs et des grands chefs pour ordonner un monde kanak, selon des projets et des visions coloniales[2]. I. Merle et Adrian Muckle soulignent que les intérêts sont évidemment fonciers, mais s'intéressent également au contrôle des groupes et des hommes. Il s'agit

> « moins de coller fidèlement à une description ethnographique que [l'on] ignore que de créer la figure d'un chef placé sous l'autorité directe du chef d'arrondissement [un administrateur colonial] à qui il doit rendre compte de tous les faits de quelque importance se produisant sur son territoire. » [3]

Les chefs deviennent également responsables du recensement de la population, de la tenue de l'état civil, de la collecte de l'impôt de capitation, et de bien d'autres tâches, desquelles ils doivent rendre compte à un chef d'arrondissement[4]. I. Merle et A. Muckle montrent également comment le rôle du chef kanak évolue au tournant du siècle, passant d'un potentiel allié, à un subalterne supervisé non plus par un administrateur, mais par le gendarme, désormais syndic des affaires indigènes (depuis 1897) et aussi de l'immigration (à partir de 1903)[5]. À ce titre, l'administration coloniale n'aura de cesse d'accorder des responsabilités aux chefs, tout en se méfiant en permanence des abus et des excès d'autorité dont les chefs kanak, supposément despotiques, sont souvent accusés[6].

Ainsi, les fluctuations dans l'historiographie du monde kanak sont à imputer au contexte de la colonisation qui a, à l'évidence, pesé sur ces différentes images de chefs rapportées.

---

[1] NAEPELS, Michel. « Une histoire coloniale du "conseil des anciens" en Nouvelle-Calédonie » *Op. cit.*

[2] NAEPELS, Michel. « "Il a tué les chefs et les hommes". L'anthropologie, la colonisation et le changement social en Nouvelle-Calédonie », *Terrain*. 1997 No. 28. p. 43-58. ; MERLE, Isabelle. « La construction d'un droit foncier colonial. De la propriété collective à la constitution des réserves en Nouvelle-Calédonie ». *Op. cit.* ; BENSA, Alban. *Histoire d'une chefferie kanak (1740-1878). Op. cit.* ; TREPIED, Benoît. *Une mairie dans la France coloniale : Koné, Nouvelle-Calédonie. Op. cit.*

[3] MERLE, Isabelle et Adrian MUCKLE. *L'indigénat. Genèses dans l'Empire français, pratiques en Nouvelle-Calédonie. Op. cit.* p. 142

[4] *Ibid.*

[5] *Ibid.* p. 154

[6] *Ibid.* p. 197

Toutefois, A. Bensa insiste aussi sur le rôle des Kanak eux-mêmes dans ces productions, faisant face aux situations historiques variées auxquelles ils ont été confrontés[1].

Au gré des conflits, les populations des différentes régions ont cherché refuge soit auprès de leaders kanak qui tiraient leur puissance de l'activité guerrière, soit du côté des forces militaires françaises[2]. La France a donc profité de ces rivalités internes pour distribuer des titres de chefferie administrative aux communautés kanak — regroupées et transformées en « tribus » en 1867 — qui acceptaient de se soumettre. Les « grands chefs » règnent sur des « districts » et les « petits chefs » sur les « tribus » qui la composent[3]. Ainsi procède la « pacification » résumée par I. Merle, « par présence blanche, guérilla kanak, expéditions militaires, dévastations et dépossessions »[4]. L'administration coloniale croit son œuvre achevée dès 1870, le calme trompeur qui règne sur l'île entre 1870 et 1878, avant ce qui est resté dans les mémoires comme « la grande révolte Kanak », calme précédant la tempête qui rendra cet événement d'autant plus traumatisant[5]. C'est en effet dans les années 1870 que sont promulgués certains décrets répressifs, en particulier sur l'élevage, qui accélèrent l'avancée du front pionnier blanc[6].

Les révoltes constituent des prétextes pratiques à la spoliation foncière comme le montre ce témoignage de Jules Garnier :

> « […] une des conséquences de ces révoltes indigènes est qu'on s'empare aussitôt après de toutes leurs terres pour y installer des colons […] Aussi, à un certain point de vue, assez bizarre cependant, il est heureux que les indigènes fassent de temps en temps

---

[1] Bensa, Alban. « En pays kanak ». *Op. cit.*

[2] Naepels, Michel. *Conjurer la guerre. Op. cit.*

[3] Dauphine, Joël. *Chronologie foncière et agricole de la Nouvelle-Calédonie, 1853-1903*. Paris : Editions L'Harmattan, 1987 ; Dauphine, Joël. *Les spoliations foncières en Nouvelle-Calédonie (1853-1913). Op. cit.*

[4] Merle, Isabelle. *Expériences coloniales*. *Op. cit.* p. 86

[5] Guiart, Jean. « Le cadre social traditionnel et la rébellion de 1878 dans le pays de La Foa, Nouvelle-Calédonie », *Journal de la Société des Océanistes*. 1968, vol.24 No. 24. p. 97-119. ; Dousset-Leenhardt, Roselène. *Colonialisme et contradictions : Nouvelle-Calédonie, 1878-1978 : les causes de l'insurrection de 1878*. Paris : Éditions L'Harmattan, 1978. ; Cornet, Claude. *La grande révolte 1878 : comptes-rendus officiels, extraits de presse, lettres et documents inédits*. Nouméa : Éditions de la Boudeuse, 2000. ; Bensa, Alban. *Histoire d'une chefferie kanak (1740-1878). Op. cit.* ; Jaumouillie, Anne-Laure. *Entre sagaies et médailles : processus colonial de reconnaissance des chefs kanak en Nouvelle-Calédonie, 1878-1946,* Thèse de doctorat. La Rochelle : La Rochelle, 2007.

[6] Saussol, Alain. *L'Héritage : essai sur le problème foncier mélanésien en Nouvelle-Calédonie : essai sur le problème foncier mélanésien en Nouvelle-Calédonie. Op. cit.* ; Dauphine, Joël. *Chronologie foncière et agricole de la Nouvelle-Calédonie, 1853-1903. Op. cit.* ; Dauphine, Joël. *Les spoliations foncières en Nouvelle-Calédonie (1853-1913). Op. cit.*

> quelques escapades, car leurs terres confisquées viennent aussitôt augmenter la richesse publique et servir aux colons » [1]

Si entre 1855 et 1870 50 000 hectares sont appropriés au profit de la colonisation, ce sont 100 000 hectares qui sont spoliés entre 1870 et 1877[2]. De même, le nombre de colons « libres » passe de 71 en 1870 à 1 279 en 1877[3]. Parallèlement, le cantonnement des Kanak a progressé depuis la création des premières réserves en 1859, et c'est sans doute l'effet combiné des appropriations foncières exponentielles et du cantonnement qui amène à l'explosion de 1878[4]. La répression extrême menée par l'administration coloniale ne bénéficie pas du soutien du gouvernement métropolitain qui remettra constamment en cause les réglementations abusives et les injustices flagrantes de celle-ci[5].

La politique d'exclusion menée à l'encontre des Kanak tient probablement à un fort préjugé raciste, les populations mélanésiennes ayant occupé longtemps une position particulièrement dépréciée dans l'imaginaire européen, comparée aux populations polynésiennes par exemple[6]. Il faut ajouter à cela qu'au-delà des critères sur l'apparence, la culture ou les mœurs, perçus ou imaginés, c'est le degré de résistance d'un peuple qui aurait tendance à façonner les phantasmes coloniaux. Non seulement l'armée française a subi très peu de pertes physiques et matérielles dans leurs conflits armés avec les Kanak, mais de plus, l'idée d'une extinction progressive, mais inexorable de « l'espèce » s'est vite imposée[7]. Il convient de noter que ce consensus incontestable autour de la théorie d'une extinction rapide des occupants premiers de l'archipel

> « semble moins le produit d'enquêtes globales irréfutables qu'une extrapolation idéologique à partir d'observations éparses, traitées comme des preuves de la disparition inéluctable des "races inférieures" »[8].

---

[1] GARNIER, Jules. *Voyage autour du monde*. Paris : Henri Plon, 1871. p. 214.

[2] DAUPHINE, Joël. *Les spoliations foncières en Nouvelle-Calédonie (1853-1913)*. *Op. cit.*

[3] *Ibid.*

[4] DOUSSET-LEENHARDT, Roselène. *Colonialisme et contradictions*. *Op. cit.*

[5] La France entend en effet se distinguer des exemples américains et anglais, incarnant le cynisme et la sauvagerie, pour préserver son image du « pays des droits de l'homme » et la mission civilisatrice à la base de la justification de son action coloniale. Voir MERLE, Isabelle. « De la "légalisation" de la violence en contexte colonial. Le régime de l'indigénat en question ». *Op. cit.*

[6] BOULAY, Roger. *Hula-hula, pilou, cannibales et vahinés*. Paris : Editions du Chêne, 2005.

[7] SORIANO, Éric. « Une identité saisie par le droit ». *Op. cit.* p. 158

[8] BENSA, Alban. « Colonialisme, racisme et ethnologie en Nouvelle-Calédonie ». *Op. cit.*

Cette idéologie de l'extinction des Mélanésiens définit selon A. Bensa, la forme qu'a prise le racisme en Nouvelle-Calédonie de 1853 à nos jours : « un racisme d'anéantissement qui n'a jamais envisagé les Kanak que comme des non-êtres »[1]. Il poursuit plus loin que « [d]ans l'imaginaire des coloniaux, les Kanak ont été d'emblée exclus avant d'être dominés, gommés de l'avenir avant d'être asservis, voués au néant et à la mort avant d'être exploités »[2].

Le propos se précise : la « question indigène » est traitée par son invisibilisation, à l'aide de différentes techniques disciplinaires et gouvernementales. À cette invisibilisation s'ajoute le fait qu'il faut bien comprendre que les caractéristiques de l'organisation sociopolitique kanak précoloniale présentées ci-dessus sont évolutives et contextuelles. Le « fait colonial » va très assurément les changer en profondeur, après le trauma et les bouleversements des chocs sanitaires et démographiques des premiers contacts avec les Européens, mais dans le cadre isolé des réserves, une certaine sauvegarde de la culture et de l'ordre social kanak est supposée possible. M. Naepels écrit à ce propos :

> « En Nouvelle-Calédonie, les réserves, c'est-à-dire les espaces où ont été cantonnés les Kanaks à la fin du XIXe siècle avec l'obligation d'y vivre, et où se situent encore leurs principaux lieux de résidence, ont longtemps été tenues pour des conservatoires de la coutume et de la tradition, pour des lieux de préservation de la culture kanake en marge de l'univers colonial — et donc pour les lieux privilégiés, si ce n'est exclusif, de l'enquête ethnographique. »[3].

Ceci va de pair avec l'idée que « l'imbrication juridique d'individus et de groupes correspond plus à une volonté de maîtrise de la population indigène qu'à la prise en compte d'une réalité précoloniale »[4].

On peut apercevoir ici une combinaison caractéristique — apparemment contradictoire — des descriptions faites du monde kanak. La variabilité et le dynamisme historique de la société kanak, sont largement documentés, et pourtant irréductibles à un modèle fixe ; le fait est que la mémoire et l'action de ces modèles anciens sont toujours présentes[5]. Qu'il s'agisse de politiques foncières ou d'affaires civiles présentées devant un tribunal composé d'un magistrat et

---

[1] *Ibid.* p. 191

[2] *Ibid.*

[3] NAEPELS, Michel. « "Il a tué les chefs et les hommes". L'anthropologie, la colonisation et le changement social en Nouvelle-Calédonie ». *Op. cit.* p. 47

[4] SORIANO, Éric. « Une identité saisie par le droit ». *Op. cit.* p. 157

[5] LE MEUR, Pierre Yves. « Proof and test ». *Op. cit.* p. 8

d'assesseurs coutumiers, la conjugaison de ces deux tendances exige une perspective historique. En effet, ce paradoxe donne lieu à des formes de connaissances et de mémoires plurielles — voire concurrentielles et conflictuelles — concernant les lieux, les frontières, les mouvements et les comportements passés (notamment dans ce qui implique le contexte colonial)[1].

Si en sortant de l'ère coloniale en 1946 — du moins de sa phase despotique — on échappe à une ère marquée par un régime disciplinaire et un encadrement militaro-administratif très répressif, la domination de la société kanak ne passe pas comme dans d'autres colonies par une « réforme de l'intérieur » de la société kanak. Rappelons qu'il n'y a pas d'exemple de codification de la coutume — malgré plusieurs projets demeurés lettre morte — et le corpus juridique en rapport avec les Kanak reste très faible[2]. L'héritage de la période coloniale se résume grossièrement à un dispositif politico-administratif de gouvernement indirect[3]. Au fond, la coutume est « bordée » par le régime de l'indigénat, mais peu surveillée ou transformée tant qu'elle ne transpire pas à l'extérieur des réserves. En d'autres termes, les réserves dans lesquelles les Kanak sont enfermés rendent un quelconque mouvement de codification peu nécessaire. L'effet colonial de « juridicisation »[4] de la société kanak, à savoir la déclaration d'un droit coutumier « officiel » par une autorité[5], est en fait assez faible dans l'ère proprement coloniale. Il se manifeste avant tout à travers la création formelle des entités « tribus », « clans », « grands » et « petits chefs », et il est donc à mettre en lien avec les autres mouvements de fond de la colonisation, comme notamment la ségrégation spatiale, l'exclusion économique et l'idéologie évolutionniste d'une extinction imminente des Kanak.

Nous allons voir que par la suite, les discours nationalistes kanak ne se sont pas immédiatement agrégés autour de la coutume — la figure du chef est concurrencée par les nouveaux leaders politiques kanak, qui se hissaient au pouvoir à l'aide de logiques ne

---

[1] *Ibid.*

[2] À l'exception notable d'Éric Rau auquel se réfèrent tous les anthropologues et les juristes travaillant sur le droit coutumier. Voir RAU, Éric. *Institutions et coutumes canaques*. *Op. cit.*

[3] RIVRON, Sarah. *La notion d'Indirect rule*, Doctorat en droit et sciences politiques. Poitiers : Université de Poitiers, 2014.

[4] COMMAILLE, Jacques, Laurence DUMOULIN, et Cécile ROBERT. *La juridicisation du politique*. Paris : LGDJ, 2010.

[5] WATSON, Alan. « An Approach to Customary Law ». *Op. cit.*

s'appuyant pas nécessairement sur la coutume[1]. La légitimité démocratique rivalise en quelque sorte avec la légitimité coutumière. Les deux légitimités ne se recoupent en tout cas pas exactement[2]. Pour aboutir à la configuration actuelle, avec un statut juridique séparé, régi par une chambre spéciale au tribunal, il semblerait que ce soit le mouvement autochtoniste kanak qui s'est emparé de la sphère juridique pour « déplacer le débat »[3]. L'investissement de la sphère juridique par des hommes politiques kanak tel que Raphaël Mapou, est alors un phénomène relativement récent, dont la concrétisation vient d'une certaine interprétation des Accords de Nouméa (1998) et de manière encore plus tangible, de la loi organique de 1999.

4) L'instauration d'un ordre administratif et juridique coutumier par l'Accord de Nouméa

Pendant que le peuple kanak s'éveille[4], à travers l'apprivoisement des stratégies politiques de la République française[5], les gouvernements français dansent la « valse des statuts »[6] appliqués au territoire. Le territoire passe par la loi-cadre Deferre, appliquée en Nouvelle-Calédonie par le décret n° 57-811 du 22 juillet 1957, accordant une large autonomie au territoire, et dotant le pays d'institutions qui ont perduré jusqu'à aujourd'hui[7] — malgré des retours en arrière temporaires, comme lors des lois Jacquinot en 1963 et Billotte en 1969, qui

---

[1] SORIANO, Éric. *Une trajectoire du politique en Mélanésie*. *Op. cit.* ; DEMMER, Christine. *Les héritiers d'Eloi Machoro (1941-1985). Op. cit.* ; SORIANO, Éric. *La fin des Indigènes en Nouvelle-Calédonie : le colonial à l'épreuve du politique : 1946-1976. Op. cit.*

[2] SORIANO, Éric. « Le fils du chef ». *Op. cit.*

[3] PALMIERI, Angela. « L'invité politique : Raphaël Mapou, membre du Sénat coutumier " il faut positionner le droit coutumier dans le système juridique" », *Op. cit.*

[4] Expression utilisée par David Chappell, CHAPPELL, David. « The Kanak Awakening of 1969–1976: Radicalizing Anti-Colonialism in New Caledonia », *Journal de la société des océanistes*. 2003 No. 117. p. 187-202; CHAPPELL, David A. *The Kanak awakening: The rise of nationalism in New Caledonia*. *Op. cit.*

[5] SORIANO, Éric. *La fin des Indigènes en Nouvelle-Calédonie : le colonial à l'épreuve du politique : 1946-1976. Op. cit.*

[6] LEBLIC, Isabelle. *Les Kanak face au développement : la voie étroite*. *Op. cit.*

[7] Les institutions du Territoire de la Nouvelle-Calédonie étaient désormais composées d'une assemblée territoriale de trente membres élus au suffrage vraiment universel, par un collège unique, au scrutin de liste à un tour sans panachage et avec représentation proportionnelle, d'un conseil de gouvernement de six membres (portant le titre de ministres), présidé par le représentant de l'État, et d'un chef du territoire (le vice-président du conseil du gouvernement, élu directement par l'Assemblée territoriale). L'assemblée, élue pour la première fois en 1957, bénéficiait d'un champ de compétence élargi : l'enseignement primaire et secondaire, l'économie, la fiscalité, le régime foncier, la santé, l'urbanisme. Le territoire était ramené à quatre circonscriptions : Sud, Est, Ouest et Loyauté. Pour une synthèse en forme de frise chronologique, voir LEBLIC, Isabelle. « Chronologie de la Nouvelle-Calédonie ». *Op. cit.*

réduisaient drastiquement l'autonomie du territoire dans le cadre de la reprise en main coloniale sous De Gaulle —, à des logiques de recolonisation tactique par les politiques économiques[1] et migratoires parce qu'il faut « faire du blanc »[2]. Ces différentes tendances vont diviser un mouvement qui militait pour une autonomie au sein de la France et favoriser l'émergence d'un courant proprement indépendantiste. Après des décennies de mobilisation politique pacifique, traduite par de forts taux de participation électorale, les hostilités des années 1980 s'expriment symboliquement par la destruction d'une urne à coups de machette par Éloi Machoro en 1984[3]. Le Front de libération nationale kanak socialiste (FLNKS), fondé en septembre 1984, visait la reconquête de la souveraineté kanak sur son territoire. Ce front politique indépendantiste appelle l'année de sa création à un boycott des élections territoriales, qui par le jeu des urnes, auraient écarté les Kanak du pouvoir local. Eloi Machoro était alors secrétaire général de l'Union calédonienne (UC) et soutenait la notion de « boycott actif ». C. Demmer observe que

> « En brisant l'urne destinée à recevoir les bulletins de vote à la mairie de Canala, il donna le signal d'une contestation qui prit la forme d'occupation de terres de colons et de barrages un peu partout sur la Grande Terre. » [4]

Les opérations du boycott ont dès lors été très suivies dans la commune d'Éloi Machoro. Deux jours après les élections, le 20 novembre, il assiège la gendarmerie de Thio et occupe avec ses partisans le village tout entier pendant environ trois semaines.

L'escalade des tensions et les réponses rigides de la France face à ces demandes de reconnaissance ont mené à l'épisode dramatique de la grotte d'Ouvéa, dont l'adaptation cinématographique récente par Mathieu Kassovitz en 2011 a fait controverse, prouvant que cet épisode de l'histoire contemporaine de la Nouvelle-Calédonie est une plaie encore non cicatrisée[5].

---

[1] FREYSS, Jean. *Economie assistée et changement social en Nouvelle-Calédonie*. Paris : Presses Universitaires de France, 1995.

[2] Affirmation de Roger Laroque en 1970, alors maire de Nouméa, cité dans LEBLIC, Isabelle. « Chronologie de la Nouvelle-Calédonie ». *Op. cit.* p. 302

[3] DEMMER, Christine. *Les héritiers d'Eloi Machoro (1941-1985). Op. cit.*

[4] *Ibid.* p. 24

[5] Mathieu Kassovitz, *L'ordre et la morale*, 2011. Le film a en effet été boycotté par le principal cinéma de Nouméa alors qu'il touchait à un sujet social resté tabou pendant de trop longues années dans le but d'éviter une montée des tensions sociales et de « rouvrir des plaies déjà cicatrisées » (Douglas Hickson, propriétaire du cinéma). Ayant assisté à une projection privée organisée par la Maison de la Nouvelle-Calédonie l'année de sortie du film, en présence de l'équipe du film et de certaines familles ayant perdu des proches dans cet épisode tragique, les débats et réactions de l'assistance ont davantage exprimé des vertus réconciliatrices que conflictuelles, à travers notamment de la pratique de la coutume porteuse de

C'est au prix de quatre années de conflits entre 1984 et 1988 que sont scellés les Accords de Matignon-Oudinot, véritables traités de paix[1]. Ils marquent aussi le début de la transformation politico-institutionnelle du pays, en particulier avec la provincialisation et ainsi le retour à une autonomie plus forte. Cette provincialisation est en effet une forme de fédéralisme unique dans le cadre républicain français[2]. Ce processus de transition est prolongé et les contours en sont précisés dans l'Accord de Nouméa, dix ans plus tard. Le préambule de cet Accord admet — et c'est une première dans l'histoire française — les torts causés par la colonisation et la nécessité d'un rééquilibrage des configurations institutionnelles, pour reconnaître et valoriser l'identité du peuple kanak[3].

Il est maintenant question de « destin commun », défini comme une « souveraineté partagée »[4], pour établir les fondements d'une « citoyenneté néo-calédonienne » (paragraphe 4)[5], notion qui a fait couler beaucoup d'encre dans différents milieux académiques[6]. Le caractère transitoire de la situation en Nouvelle-Calédonie se traduit par

---

pardon. Voir également l'excellent commentaire de NAEPELS, Michel. « L'ordre et la morale : film politique ou film de guerre ? », *Ethnies : droits de l'homme et peuples autochtones : revue trimestrielle de Survival International (France)*. 1 janvier 2015, vol. 21, No. 37-38. p. 60-65. ; Mélissa Nayral s'est également penché sur la question des événements à Ouvéa et les ambivalences liées à cette mémoire : NAYRAL, Mélissa. « Les événements d'Ouvéa : parler ou se taire ? », *Ethnies : droits de l'homme et peuples autochtones : revue trimestrielle de Survival International (France)*. 1 janvier 2015, vol. 21, No. 37-38. p. 66-79.

[1] DAVID, Carine, Jean-Michel SOURISSEAU, Samuel GOROHOUNA, et al. « De Matignon à la consultation sur l'indépendance. Une trajectoire politique et institutionnelle originale » in Séverine BOUARD, Jean-Michel SOURISSEAU, Vincent GERONIMI, et al. (éd.). *La Nouvelle-Calédonie face à son destin. Quel bilan a la veille de la consultation sur la pleine souveraineté ?* Paris : Karthala, 2016, p. 23-67.

[2] *Ibid.*

[3] « Les communautés de Nouvelle-Calédonie ont trop souffert, dans leur dignité collective, dans l'intégrité des personnes et des biens, de plusieurs décennies d'incompréhension et de violence. […] Aujourd'hui, les deux parties ont reconnu l'impérieuse nécessité de contribuer à établir la paix civile pour créer les conditions dans lesquelles les populations pourront choisir, librement et assurées de leur avenir, la maîtrise de leur destin. » Préambule, Accords de Matignon. *Op. cit.*

[4] « Il convient de faire mémoire de ces moments difficiles, de reconnaître les fautes, de restituer au peuple kanak son identité confisquée, ce qui équivaut pour lui à une reconnaissance de sa souveraineté, préalable à la fondation d'une nouvelle souveraineté, partagée dans un destin commun "(paragraphe 3, nous soulignons). Préambule de l'Accord de Nouméa. *Op. cit.*

[5] « Il est aujourd'hui nécessaire de poser les bases d'une citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie, permettant au peuple d'origine de constituer avec les hommes et les femmes qui y vivent une communauté humaine affirmant son destin commun *»* (paragraphe 4, nous soulignons) *Ibid.*

[6] Pour les travaux réalisés par des juristes, voir : FABERON, Jean-Yves. « La Nouvelle-Calédonie: vivre l'accord de Nouméa », *Revue française d'administration publique*. 2002 No. 1. p. 39-57. ; CUSTOS,

l'intitulé du chapitre XIII de la Constitution, qui clarifie les bases constitutionnelles du statut du territoire, intitulé « Dispositions transitoires relatives à la Nouvelle-Calédonie ». Il est à relever que depuis le dernier referendum d'autodétermination (qui s'est tenu fin 2021), l'Accord de Nouméa va devoir laisser place à de nouvelles ententes constitutionnelles et institutionnelles, à l'issue d'une période de transition de dix-huit mois[1]. Elle figure cependant toujours sur la liste de l'ONU des territoires à décoloniser[2].

L'une des dispositions de l'Accord de Nouméa vise à maintenir et renforcer un statut coutumier, ou « statut civil particulier » pour les Kanak. Le paragraphe 5 des Accords précise à ce propos :

> « La pleine reconnaissance de l'identité kanak conduit à préciser le statut coutumier et ses liens avec le statut civil des personnes de droit commun, à prévoir la place des structures coutumières dans les institutions, notamment par l'instauration d'un Sénat coutumier, à protéger et faire valoir le patrimoine culturel kanak, à mettre en place de nouveaux mécanismes juridiques et financiers pour répondre aux demandes exprimées au titre du lien à la terre, tout en favorisant sa valorisation, et à adopter des symboles identitaires exprimant la place essentielle de l'identité kanak du pays dans la communauté de destin acceptée. »

Il s'établit ainsi une synonymie digne d'intérêt entre la reconnaissance institutionnelle des Kanak, et leur reconnaissance identitaire.

> « L'accord de Nouméa conceptualise une tension entre asymétrie historique et symétrie politique : la reconnaissance par l'État et les descendants des colons des Kanak comme peuple premier de la Nouvelle-Calédonie et victimes du régime colonial (avec les bagnards et les engagés, ainsi que leurs descendant.es, également "victimes de l'histoire" comme énoncé lors de la table ronde de Nainville-les-Roches en 1983) jette les bases d'une reconnaissance mutuelle de toutes les composantes de la société néo-

---

Dominique. « New Caledonia, a case of shared sovereignty within the French Republic: appearance or reality », *Eur. Pub. L.* 2007, vol. 13. p. 97.

Pour les représentants des autres sciences sociales, voir notamment : MUCKLE, Adrian. « Tropes of (mis) understanding: imagining shared destinies in New Caledonia, 1853-1998 », *Le Journal de la Société des Océanistes*. 2007 No. 124. p. 105-118.; MRGUDOVIC, Nathalie. « Evolving approaches to sovereignty in the French Pacific », *Commonwealth & Comparative Politics*. 2012, vol. 50 No. 4. p. 456-473. ; CHAPPELL, David A. « The Noumea Accord ». *Op. cit.*

[1] HAVARD, Léa. « 3ème référendum en Nouvelle-Calédonie : l'Accord de Nouméa est-il vraiment caduc ? » *Op. cit.*

[2] L'Assemblée générale des Nations Unies crée en 1961 un comité spécial pour étudier l'application de la Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples colonisés. Voir GRAFF, Stéphanie. « Quand combat et revendications kanak ou politique de l'État français manient indépendance, décolonisation, autodétermination et autochtonie en Nouvelle-Calédonie », *Journal de la Société des Océanistes*. 2012, vol.134 No. 1. p. 61-83.

> calédonienne dans le cadre d'une communauté de destin et d'une souveraineté partagée. » [1]

Dans ce cas précis, P.-Y. Le Meur discerne trois types de significations à la notion de « souveraineté partagée » : d'une part la répartition des compétences entre la France et la Nouvelle-Calédonie ; d'autre part les modalités de l'autonomie qui régirait les rapports entre la France et la Nouvelle-Calédonie dans le futur ; et enfin la réarticulation des relations entre les différentes ethnies de la population calédonienne, en accord avec les principes de l'autochtonie kanak[2]. Il montre aussi comment la série de désarticulations et réarticulations historiques, couplées à une histoire segmentaire due aux politiques de ségrégation raciale et spatiale qui ont été menées pendant la colonisation et qui ont perduré par la suite, rendent difficile la projection d'une nation en devenir ou même d'un sentiment national[3].

Le statut particulier, ou coutumier, auquel sont soumis les Kanak a été défini par le régime de l'Indigénat en 1887 puis reconduit (en tant que statut particulier, pas dans ses modalités) par la Constitution française en 1958 puis par l'Accord de Nouméa de 1998. Il est désormais constitutionnellement garanti par l'article 75 de la Constitution.

> « Les citoyens de la République, qui n'ont pas le statut civil de droit commun (…), conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé. »

Le fait de se saisir juridiquement de la question de la coutume est en fait un mouvement relativement récent, de la part de certains leaders kanak, qui ne va pas sans contestation[4]. En effet, la colonisation s'est plutôt caractérisée par un isolement de la population kanak, au sein de réserves, en attente de son « extinction ». S'intéresser aux coutumes d'un point de vue du droit, essayer d'en déterminer les grands principes et les mettre par écrit, sont des processus qui voient le jour bien plus tard, dans les années 2000, et correspondent à l'une des manières des

---

[1] LE MEUR, Pierre-Yves. « Le destin commun en Nouvelle-Calédonie : entre projet national, patrimoine minier et désarticulations historiques », *Mouvements*. 2017 n°3. p. 39.

[2] *Ibid.* p. 40

[3] *Ibid.* p. 45-46. José-Louis Barbançon, historien calédonien fait le même constat : « Il s'agit de savoir si Ataï doit rester un héros kanak, le héros des seuls Kanak ou devenir un Kanak héros du pays commun. Difficile pour nos générations, aisé pour les générations à venir si nous savons leur ouvrir le chemin. Car si tout ce qui précède n'est pas fondé, que reste-t-il ? Il reste une histoire et un récit national kanak qui a commencé il y a trois mille ans. Et il reste à côté, en parallèle, un épisode de l'histoire de France qui se déroule dans le Pacifique sud. Une histoire en apartheid et donc, en quelque sorte, un pays du non-dit qui consacrerait la disparition des Calédoniens. » BARBANÇON, Louis-José. *Le pays du non-dit*. *Op. cit.* p. 10

[4] DEMMER, Christine et Christine SALOMON. « Droit coutumier et indépendance kanak ». *Op. cit.*

Kanak de revendiquer leur reconnaissance, et de la construction d'une communauté calédonienne[1].

B - Les politiques de décolonisation : la création d'institutions coutumières

Le régime de l'Indigénat a beau être aboli en 1946, il faudra encore du temps avant que les Kanak acquièrent des droits égaux aux autres citoyens. Le choix de maintenir un statut particulier ne coule en effet pas de source (1). Les mouvements de revendication kanak basculent également, certes de manière minoritaire, d'une indépendance (souveraineté externe) à des discours autochtoniste qui promeuvent plutôt une souveraineté interne et s'appuient sur des rhétoriques politiques du « pluralisme juridique équilibré » (2). Le Sénat coutumier, institution coutumière à l'échelle territoriale censée représenter « l'identité kanak » a ainsi pris les devants en ce qui concerne la mise par écrit de grands principes coutumiers (3). Les juridictions coutumières ont à cet égard un statut tout à fait à part des autres institutions coutumières, même s'il existe des points de communication (4).

1) Le maintien d'un statut particulier entre contrôle ou reconnaissance

Si l'on résume les manifestations du « statut indigène » colonial, trois éléments se démarquent : un régime pénal d'exception (le régime de l'Indigénat en vigueur de 1887 à 1946), une citoyenneté à plusieurs vitesses dont les indigènes étaient exclus, et un dualisme du droit privé, différencié pour les indigènes. Ceci s'expliquait en partie par le fait que l'administration coloniale jugeait les lois françaises inapplicables à des populations trop diverses — et inférieures, et de surcroit, en voie de disparition. Les Kanak restaient donc gouvernés par leurs coutumes, ce qui a abouti à la reconnaissance, en droit privé, d'un statut « personnel » ou « particulier ». Ce statut distinct a servi de base à l'appareil juridico-administratif colonial, mis en œuvre en Nouvelle-Calédonie, à travers la création des catégories juridiques de réserves, de tribus, et de chefs. Elle dessine très nettement la distinction entre colonisateur et colonisé, ou bien entre citoyen et sujet[2].

---

[1] Voir par exemple les travaux du Sénat coutumier. SENAT COUTUMIER. « La Parole, numéro spécial: Lancement du chantier du Socle Commun des Valeurs Kanak ». En ligne : http://www.senat-coutumier.nc/le-senat-coutumier/nos-publications/la-parole [consulté le 7 mai 2016].

[2] SAADA, Emmanuelle. « Citoyens et sujets de l'Empire français. », *Genèses*. 2003, vol. 4 No. 53. p. 4-24.

Christine Salomon a montré comment l'idée de la pérennité d'un statut particulier après l'abolition du régime de l'Indigénat prend racine dans un projet de société différentialiste imaginé par les associations missionnaires, dans les années 1950[1].

Les missions constituèrent, au moment de l'accès des Kanak à la citoyenneté, deux formations confessionnelles qui leur étaient spécifiquement destinées : l'une catholique, l'UICALO (Union des indigènes calédoniens amis de la liberté dans l'ordre, 1946), et l'autre protestante, l'AICLF (Association des indigènes calédoniens et loyaltiens français, 1947). Revendiquant leur vocation sociale plutôt que des projets politiques, ces associations avaient pour but, selon C. Salomon, d'enrayer le succès bref, mais fulgurant du parti communiste parmi les Kanak à la sortie de la Seconde Guerre mondiale, qui lui, était en faveur d'une égalité de tous les citoyens[2]. Les associations missionnaires avaient dans l'idée que « trop de liberté est reconnue nuisible aux Indigènes » [3] et que le discours communiste pouvait se transformer en menace pour la pérennité des traditions coutumières[4].

La « logique différentialiste » imprégnant les initiatives de ces deux associations, reposait d'une part sur des préconisations de réformes sociales — l'enseignement, la santé, des routes dans les tribus, etc. — et la restauration d'une autorité incontestée au sein des tribus[5]. L'autorité des chefs est donc réaffirmée par le biais de ces associations, et un projet de « police coutumière », réémerge à ce moment-là. L'idée d'une « police coutumière » est revenue de manière récurrente dans les débats de l'administration coloniale, et continue à fédérer des partisans, sans que rien n'ait jamais véritablement abouti jusqu'à présent[6].

Une autre stratégie mise en place par ces associations fut l'entretien d'une confusion entre la possibilité de choisir son statut (civil ou coutumier) et l'éventuelle perte de droits fonciers

---

[1] SALOMON, Christine. « Égalité totale ou évolution encadrée et séparée. Retour sur les années 1946-1956 » *Op. cit.*

[2] Sans mentionner l'idée d'indépendance cependant.

[3] Compte-rendu de l'assemblée générale de Tiéta, 15-17 octobre 1947, ANC, 97w293 cité dans *Ibid.* SALOMON, Christine. « Égalité totale ou évolution encadrée et séparée. Retour sur les années 1946-1956 » *Op. cit.* p. 68

[4] « Les points de vue exprimés par les communistes en France devant le Gouvernement pour le statut indigène sont dangereux et nous pouvons perdre en un jour tout ce qui fait la force de notre coutume indigène, nos réserves, nos coutumes, notre unité et les lois qui aident notre faiblesse. » Compte-rendu de la 3e assemblée générale des délégués de l'AICLF, 16-18 juin 1948, ANC, 97w293, cité dans *Ibid.* p. 69

[5] *Ibid.* p. 69

[6] Voir MERLE, Isabelle et Adrian MUCKLE. *L'indigénat. Op. cit.*

(supposément liés au statut coutumier). Les pleins droits politiques ne pouvaient s'acquérir qu'au prix de la perte des droits fonciers sur les terres coutumières[1].

C. Salomon rappelle que pour se prémunir du succès grandissant du projet communiste d'égalité totale et universelle, les associations missionnaires ont centré leurs réflexions autour d'un cadre strictement réservé aux Kanak par le pouvoir colonial, à savoir celui d'institutions coutumières, porté par un statut particulier, et exigeant des structures familiales spécifiques[2]. Les « réformes sociales » proposées par les associations missionnaires avaient ainsi pour objet principal de garder les Kanak sous la coupe missionnaire, et par conséquent, dans leurs configurations coloniales — en tribus, en réserves, dans un statut juridique à part. Il s'agit en cela réellement d'un projet de gouvernementalité coloniale différentialiste, après le régime disciplinaire, au sens de Foucault[3], de l'Indigénat.

Ces dynamiques de conservation des hiérarchies coutumières d'âges et de genres, d'influence de l'Église, et donc d'institutions « proprement coutumières », dans des espaces « proprement coutumiers » (les réserves plutôt que la ville, vue comme un « lieu de perdition »), trouvent aujourd'hui des échos dans des discours sur les « us et coutumes » défendus notamment par le Sénat coutumier[4].

2) L'usage du discours autochtoniste par les institutions coutumières

Dans le cas de la Nouvelle-Calédonie, l'affirmation des Kanak dans la sphère politique se fait, à partir des années 1960, comme dans nombre d'autres pays mélanésiens aux mêmes moments, progressivement construite sur l'idée d'une voie spécifique vers l'émancipation, en l'occurrence l'indépendance kanak socialiste[5]. C'est le projet d'une souveraineté pleine et

---

[1] SALOMON, Christine. « Égalité totale ou évolution encadrée et séparée. Retour sur les années 1946-1956 ». *Op. cit.* p. 72

[2] *Ibid.* p. 90

[3] FOUCAULT, Michel. *Surveiller et punir: naissance de la prison*. Paris : Gallimard, 1993.

[4] *Ibid.* p. 52

[5] Pour nuancer mon propos, je tiens à souligner que les projets d'indépendance de la Papouasie–Nouvelle-Guinée ou du Vanuatu n'étaient pas nécessairement socialistes. Ils combinaient plutôt divers éléments idéologiques, relevant de la coutume, du christianisme, ou encore du socialisme sous la forme d'un « Melanesian/Pacific Way ». Pour la Papouasie–Nouvelle-Guinée, voir NAROKOBI, Bernard. *Lo bilong yumi yet : Law and custom in Melanesia*. Suva (Fidji); Goroka (Papouasie Nouvelle Guinée) : University of the South Pacific Melanesian Institute for pastoral and socio-economic service, 1989. Pour le Vanuatu, voir LINI, Walter. « Should the Church Play Politics? », *The Pacific Way: Social issues in national development*. 1975. p. 176-177.

entière, pour une future nation Kanaky qui émerge peu à peu dans le mouvement indépendantiste kanak ; l'argument principal étant que les Kanak représentent une majorité de la population calédonienne de l'époque. Les réponses de l'État français mettent en œuvre plusieurs stratégies. L'une consiste en une politique d'encouragement à l'immigration, sous couvert de dynamiques économiques favorables créées par un « boom minier »[1], dans les années 1967-1972. Par ailleurs, bien qu'il y ait eu quelques accroissements de réserves depuis les années 1950-1960, le débat foncier entre propriété privée mélanésienne, coopérative, et l'idée de terres coutumières, n'est pas encore clos. Le plan Dijoud commence en 1978 une réforme foncière par l'agrandissement des réserves sous condition de développement rural[2].

Ces stratégies ne vont pas empêcher les montées des revendications et vont parfois même envenimer les tensions des années 1980, connues comme les « Evénements ». Les Accords Matignon-Oudinot permettent de poser les conditions d'une paix durable entre les différentes communautés du territoire et l'État français, et de lancer un processus de dévolution des pouvoirs en direction des provinces, créées à l'occasion[3]. Les Accords de Matignon cherchaient à instaurer une stabilité, en redistribuant les cartes. Si la province Sud est destinée aux « loyalistes », les provinces Nord et des Îles Loyauté sont attribuées aux indépendantistes. En effet, ces accords contribuent à des rééquilibrages politico-démographiques à travers la provincialisation[4], mais ils vont aussi ouvrir la porte à des reconfigurations politiques avec des divisions entre partis indépendantistes au cours des années 1990[5].

Cette séquence d'événements va indirectement poser les jalons de l'émergence d'un discours autochtoniste, l'autochtonie constituant une ressource politique mobilisée dans des rapports de forces asymétriques — notamment en province Sud où les Kanak vivent de situations de

---

[1] FAUGERE, Elsa et Isabelle MERLE. *La Nouvelle Calédonie, vers un destin commun?* Paris : Karthala, 2010.

[2] LE MEUR, Pierre-Yves. « Politique et réforme foncière en Nouvelle-Calédonie ». *Op. cit.*

[3] BARBANÇON, Louis-José. « Des accords de Matignon à l'accord de Nouméa 1988-1998 », *Ethnies : droits de l'homme et peuples autochtones : revue trimestrielle de Survival International (France)*. Janvier 2015, vol. 21, No. 37-38. p. 46-59.

[4] LE MEUR, Pierre-Yves. « Le destin commun en Nouvelle-Calédonie ». *Op. cit.*

[5] LEBLIC, Isabelle. « Vous avez dit "rééquilibrage" et décolonisation ? Retour sur 40 ans de va-et-vient institutionnels sur souveraineté et colonialisme en Nouvelle-Calédonie (1980-2018) », *Journal de la Société des Océanistes*. 2018 No. 2. p. 329–350.

minorisation[1], sur le modèle des « weapons of the weak » de James Scott[2]. Bien que la future *Déclaration sur les droits des peuples autochtones* soit encore en discussion à ce moment-là, une réflexion sur la place des coutumiers dans la représentation d'un peuple kanak, affleure avec la création d'institutions telles que les aires coutumières ou le Conseil consultatif coutumier (Sénat coutumier en devenir). S. Graff et C. Levacher, entre autres, montrent comment les arènes internationales, notamment celles concernant les populations autochtones, deviennent un moyen de se positionner face à l'État français[3]. C'est l'Accord de Nouméa qui opère un glissement dans les politiques de reconnaissance de la population kanak, en raison d'un recentrement sur la notion d'identité et l'équivalence qui en est faite avec la notion de souveraineté, que nous avons déjà mentionnée[4]. Les Accords de Matignon-Oudinot, ainsi que l'Accord de Nouméa constituent ainsi un terreau favorisant le déplacement progressif de la réflexion entamée autour des institutions néo-coutumières, vers la possibilité d'exercer une souveraineté kanak, qui serait un préalable au « destin commun »[5]. La réflexion se déploie dans l'approfondissement des droits acquis, et le débat va peu à peu se déplacer vers la sphère juridique autour de la question des droits autochtones[6].

Les personnes militant pour l'application du droit commun à toute la population de Nouvelle-Calédonie font valoir que le « droit commun » (droit civil français) n'est pas à égalité avec le « droit coutumier » et que l'application du droit commun à tout le monde tirerait les

---

[1] LEVACHER, Claire. *Les chemins de l'autochtonie en Nouvelle-Calédonie*. *Op. cit.* ; PESTAÑA, Gilles. « Du spectre du dépeuplement à celui de l'indépendance. Enjeux et représentations des dynamiques démographiques des espaces ruraux de Nouvelle-Calédonie », *Espace populations sociétés. Space populations societies*. 20 mars 2016 2015/3–2016/1.

[2] SCOTT, James C. *Weapons of the weak: everyday forms of peasant resistance*. New Haven: Yale University Press, 1985.

[3] LEVACHER, Claire. « Contesting the Goro Nickel Mining Project, New Caledonia: Indigenous Rights, Sustainable Development and the Land Issue » *Large-scale Mines and Local-level Politics*. Canberra : ANU Press, 2017, vol.12, p. 183-206. ; GRAFF, Stéphanie. « Colonisation de peuplement et autochtonie: réflexions autour des questions d'autodétermination, de décolonisation et de droit de vote en Nouvelle-Calédonie », *Mouvements*. 2017 No. 3. p. 24-34.

[4] DEMMER, Christine. « Nouveaux enjeux fonciers et évolution du nationalisme kanak après l'accord de Nouméa, Nouvelle-Calédonie ». *Op. cit.*

[5] LE MEUR, Pierre-Yves. « Le destin commun en Nouvelle-Calédonie : entre projet national, patrimoine minier et désarticulations historiques », *Mouvements*. 2017 n°3. pp. 35–45.

[6] GRAFF, Stéphanie. *Autodétermination et autochtonie en Nouvelle-Calédonie. L'effacement progressif de la question coloniale. Op. cit.*

Kanak de leur « réserve juridique »[1]. À l'inverse, d'autres pensent que l'histoire a tranché en faveur de deux systèmes de droits parallèles[2], à l'inverse de la Polynésie française par exemple, sous protectorat, où la citoyenneté française a été octroyée aux autochtones dès les années 1880 et où la possibilité d'exercer leurs droits politiques s'est réalisée à partir de 1885[3], sans passer par l'imposition d'un régime de l'Indigénat[4].

Toujours est-il que la voie de la décolonisation négociée empruntée est celle d'une politique de reconnaissance officielle et institutionnelle de la coutume, qui se traduit par le maintien d'institutions de l'époque coloniale (tribus, districts), en parallèle de la création de nouvelles institutions coutumières (conseils coutumiers, Sénat coutumier) et à la reconnaissance d'un statut et de pratiques juridiques distinctes pour les matières civiles et foncières. La reconnaissance d'un statut coutumier et l'établissement d'un état civil correspondant, va avoir pour effet une juridicisation[5] des mariages, des adoptions, et des transmissions de biens entre personnes de ce statut ; le tout consigné dans des « actes coutumiers », qui ont aujourd'hui, pleine force juridique[6].

Ce mouvement de juridicisation est en partie insufflé par le Sénat coutumier, qui impulse des dynamiques générales et officielles aux formes que doivent prendre les reconnaissances de la coutume. C'est le Sénat coutumier qui est consulté en cas de réforme législative et c'est cette instance qui porte la transformation de la coutume en texte législatif.

---

[1] FRISON-ROCHE. *Le transfert de la compétence d'édiction des lois et règlements en matière de droit civil, de la Métropole aux institutions propres à la Nouvelle-Calédonie*, 2012. p. 27.

[2] LECA, Antoine. *Introduction au droit civil coutumier kanak*. Aix-en-Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2014.

[3] Le statut personnel a été démantelé en plusieurs étapes en Polynésie française. À Tahiti il a été aboli par le traité d'annexion du 29 juin 1880 qui a maintenu les affaires relatives aux problèmes fonciers entre les mains de tribunaux indigènes qui ont été supprimés par la convention du 29 décembre 1887. Dans le reste de l'archipel, c'est l'ordonnance du 24 mars 1945 qui a définitivement supprimé le statut personnel en Polynésie Française. Voir LECA, Antoine et Bernard GILLE. *Histoire des institutions de l'Océanie française*. Paris : L'Harmattan, 2009.

[4] Sauf aux Marquises, où le régime de l'Indigénat a été imposé à partir de 1898, mais pas à la même échelle qu'en Nouvelle-Calédonie.

[5] Par juridicisation, j'entends la transformation de procédures qui auparavant se réglaient au niveau clanique, et qui impliquent désormais des institutions extérieures, tels que les Officiers publics coutumiers (OPC) par la consignation de ces procédures, dans des actes coutumiers — sur lesquels je reviens.

[6] HALPERIN, Jean-Louis. « Entre droit coutumier et droit civil ». *Op. cit.*

3) Les controverses autour du Sénat coutumier

a) Les modes de désignation des sénateurs coutumiers en question

Les Accords de Matignon-Oudinot ont créé une chambre coutumière, le Conseil consultatif coutumier. Il s'agissait alors d'un organe purement consultatif, qui pouvait éventuellement être consulté par le Congrès du Territoire, les assemblées de Provinces et l'État, pour des questions concernant le statut coutumier ou les terres coutumières[1]. Les autorités coutumières ont rapidement mis en question la nature purement consultative de leurs fonctions pour demander des responsabilités politiques[2]. La création du Sénat coutumier par l'Accord de Nouméa répond en partie à ces aspirations.

L'idée d'une chambre « coutumière » à l'échelon national prend racine, comme je l'ai mentionné précédemment, dans l'instauration d'un « conseil des anciens » pendant la période coloniale[3]. Après la sortie de l'Indigénat, et la décision de maintenir un statut particulier, la place accordée dans l'espace politique au pouvoir décisionnel des Kanak passe par plusieurs phases et questionnements. En 1981, deux délibérations sont adoptées à l'Assemblée territoriale[4] entérinant la création d'un « conseil des clans » et d'un « conseil des chefs de clan », qui doit remplacer le Conseil des Anciens, à l'échelle de la tribu[5]. La mise en place de ces mesures est vécue par certains leaders politiques kanak comme une « manipulation » ou une « modification » de la coutume[6] ; ou encore, comme l'expression d'une volonté de cantonner la lutte au sein des institutions françaises existantes, faisant ainsi l'impasse sur une possible indépendance[7]. La crainte est que cette institution soit globalement acquise à la France, puisque

---

[1] DAVID, Carine. « Réflexions sur l'intégration de la coutume autochtone dans l'élaboration de la norme à partir du cas de la Nouvelle-Calédonie ». *Op. cit.*

[2] DAVID, Carine. « Le Sénat coutumier de Nouvelle-Calédonie, une institution en mutation? ». *Op. cit.*

[3] NAEPELS, Michel. « Une histoire coloniale du « conseil des anciens » en Nouvelle-Calédonie ». *Op. cit.*

[4] DEMMER, Christine et Christine SALOMON. « À propos du Sénat coutumier » *Op. cit*. p. 101

[5] NAEPELS, Michel. « Une histoire coloniale du « conseil des anciens » en Nouvelle-Calédonie ». *Op. cit.*

[6] SORIANO, Éric. *La fin des Indigènes en Nouvelle-Calédonie: le colonial à l'épreuve du politique : 1946-1976. Op. cit.*

[7] NEAOUTYINE, Paul, Jean-François CORRAL, et André NEMIA. *L'indépendance au présent*. *Op. cit.*

celle-ci soutient le projet dans le but d'afficher, à moindres frais, sa volonté de reconnaître la spécificité culturelle mélanésienne[1].

Néanmoins pour les défenseurs de ce conseil des grands chefs, il s'agit de mettre en avant des porte-paroles de la coutume, à même de la définir, et par là même de définir le peuple kanak. Si « les coutumes » se déclinaient jusqu'à présent, plutôt au pluriel, « la coutume » est utilisée pour créer un symbole d'unité indépendantiste. La coutume, est désormais synonyme de culture kanak, et devient un outil de légitimation extrêmement efficace vu sa polysémie[2]. En ce sens, « dire la coutume » revient à attribuer à la culture kanak une nouvelle place dans l'État[3]. Un véritable fossé sépare les grands chefs administratifs, dont le pouvoir est un héritage colonial direct, et les tenants du mouvement indépendantiste.

C'est donc dans ce cadre de tension entre indépendantistes et loyalistes, y compris parmi les Kanak que se tient la table ronde de Nainville-les-Roches. La déclaration qui en découle finit de tresser des liens étroits entre la reconnaissance de la culture kanak et la mise en place d'institutions dédiées à la coutume. Le premier point de la déclaration affirme ainsi la

> « volonté commune des participants de voir confirmer définitivement l'abolition du fait colonial par la reconnaissance à l'égalité de la civilisation mélanésienne et la manifestation de sa représentativité par la coutume dans les institutions à définir. »[4]

Cette volonté de « mettre en place des institutions coutumières afin de la [la coutume] rendre visible dans le paysage institutionnel du territoire »[5] dresse des liens désormais indénouables entre décolonisation et coutume. Toutes les réformes sur le statut du territoire[6] qui suivront la déclaration de Nainville reconduiront l'idée d'une instance coutumière consultative à l'échelle

---

1 SORIANO, Éric. *Une trajectoire du politique en Mélanésie. Op. cit.* p. 375

2 GRAILLE, Caroline. « Coutume et changement social en Nouvelle-Calédonie ». *Op. cit.* p. 108

3 DEMMER, Christine et Christine SALOMON. « À propos du Sénat coutumier ». *Op. cit.* p. 103

4 Extrait de la déclaration de Nainville-les-Roches, 12 juillet 1983, cité dans *Ibid.* p. . 111

5 GRAFF, Stéphanie. « Quand combat et revendications kanak ou politique de l'État français manient indépendance, décolonisation, autodétermination et autochtonie en Nouvelle-Calédonie », *Journal de la Société des Océanistes*. 2012, vol.134 n°1. pp. 61–83.

6 Pour une revue synthétique de la succession de statuts du territoire, voir LEBLIC, Isabelle. *Les Kanak face au développement : la voie étroite*. *Op. cit.* p. 54-74

nationale, compétente dans « la définition de la culture kanak et sa reconnaissance dans l'État »[1], jusqu'à aboutir au Sénat coutumier avec l'Accord de Nouméa[2].

La place, la fonction et la légitimité du Sénat coutumier n'a pas cessé de faire débat depuis son instauration. Il ne s'agit par exemple pas d'une autorité coutumière à proprement parler puisque c'est une institution établie par l'Accord de Nouméa. Le préambule des accords en justifie la création par

> « la pleine reconnaissance de l'identité kanak » pour laquelle il faut « prévoir la place des structures coutumières dans les institutions, notamment par l'établissement d'un Sénat coutumier »[3].

Le Sénat coutumier est composé de seize membres, à raison de deux représentants par aire coutumière, désignés selon les « usages reconnus par la coutume », dont la durée du mandat est de cinq ans[4].

Sa consultation est obligatoire pour les projets ou propositions de délibération concernant l'identité kanak et facultative en ce qui concerne tout autre projet de loi ou proposition de délibération. Les textes soulignent que le Sénat coutumier doit réfléchir aux questions liées à la famille (mariage, adoption, succession) et au régime foncier. Cette fonction contribuerait à une harmonisation des décisions prises à l'échelle locale puisque la délibération de 1967 qui instaure un état civil pour les citoyens de statut particulier[5], confie aux autorités coutumières locales, l'administration des affaires familiales et foncières dans les tribus[6]. Le Sénat coutumier s'occupe également de la gestion des terres coutumières, par l'établissement d'un « cadastre coutumier » aux contours incertains[7]. Ils peuvent modifier le découpage des « aires coutumières » et amender les modalités de désignation des autorités coutumières à l'échelle

---

[1] DEMMER, Christine et Christine SALOMON. « À propos du Sénat coutumier ». *Op. cit.* p. 113

[2] *Ibid.*

[3] Préambule de l'Accord de Nouméa, *Op. cit.*

[4] Sur le fonctionnement détaillé et les prérogatives du Sénat coutumier, voir la loi organique 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie (titre 3, chapitre IV, articles n° 137 à 148), mais également le site internet du Sénat coutumier : http://www.senat-coutumier. nc/le-senat-coutumier/presentation-roles-missions-attributions-fondement-legal.

[5] Délibération n° 424 du 3 avril 1967, JONC, 27 avril 1967 p. 360. Voir également les études de Christine Bidaud-Garon sur l'état civil coutumier. BIDAUD-GARON, Christine. « L'état civil coutumier ». Nouméa : Presses Universitaires de Nouvelle-Calédonie, 2018, p. 376-403.

[6] HALPERIN, Jean-Louis. « Entre droit coutumier et droit civil ». *Op. cit.*

[7] LE MEUR, Pierre-Yves. « Réflexions sur un oxymore: le débat du" cadastre coutumier" en Nouvelle-Calédonie » *La Nouvelle-Calédonie, vers un Destin Commun ?* Paris : Karthala, 2010, p. 101-126.

régionale et nationale. Il s'agit donc de « normaliser la coutume afin d'éclairer le législateur » et de « créer les conditions de sa valorisation »[1]. Tous ces champs de réflexion peuvent faire l'objet de projet de lois du pays, soit par consultation du Sénat coutumier, soit parce que celui-ci soumet lui-même des projets à la délibération du Congrès de la Nouvelle-Calédonie.

Carine David relève que de nombreuses questions sont soulevées en rapport avec la représentation du Sénat et la légitimité de ses membres[2]. Il n'y aurait a pas de réelle connexion entre les structures coutumières traditionnelles et le Sénat coutumier, dans la mesure où les sénateurs sont désignés par les conseils coutumiers, qui ne sont pas des autorités coutumières historiques, puisque leurs attributions ont été définies par les articles 149 à 152 de la Loi organique de 1999. Les Conseils des Anciens ou les conseils des chefs de clan dans les tribus, qui sont reconnus comme des autorités coutumières historiques, ne prennent pas directement part à la nomination des sénateurs, mais choisissent les membres des conseils coutumiers.

Le deuxième reproche fréquemment fait au fonctionnement du Sénat coutumier est son rejet de la possibilité d'élire ses membres au suffrage universel[3]. La loi organique prévoyait la possibilité de modifier le mode de désignation des sénateurs à partir de 2005, à l'aide d'une loi du pays :

> « Pour les renouvellements du Sénat coutumier intervenant à compter de 2005, ses membres peuvent être élus dans chaque aire coutumière selon des modalités et par un collège électoral déterminés par une loi du pays ».[4]

Ainsi, si le Congrès de la Nouvelle-Calédonie adoptait une loi-pays pour réformer les systèmes de nomination des sénateurs coutumiers, leur désignation pourrait très bien se faire par des élections. Néanmoins les sénateurs ont préféré le *statu quo*, craignant que le mode électif

---

[1] « Par exemple en promouvant l'enseignement des langues ou des arts kanak, en proposant des règles d'éthique (comme sur la pratique médicale du don d'organe et sa compatibilité avec la culture kanak) ou en affirmant une propriété intellectuelle des savoirs naturalistes kanak » DEMMER, Christine et Christine SALOMON. « À propos du Sénat coutumier ». *Op. cit.* p. 114 Par ailleurs, Sur le fonctionnement détaillé et les prérogatives du Sénat coutumier, voir la loi organique 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie (titre 3, chapitre IV, articles n° 137 à 148), mais également le site internet du Sénat coutumier : http://www.senat-coutumier. nc/le-senat-coutumier/presentation-roles-missions-attributions-fondement-legal.

[2] DAVID, Carine. « Le Sénat coutumier de Nouvelle-Calédonie, une institution en mutation? ». *Op. cit.*

[3] SALOMON, Christine. « Quatre décennies de féminisme kanak », *Mouvements*. 2017, vol.91 No. 3. p. 61.

[4] Cité dans DAVID, Carine. « Le Sénat coutumier de Nouvelle-Calédonie, une institution en mutation? ». *Op. cit.* p. 10

ne rentre en conflit avec les pratiques politiques coutumières[1]. Les sénateurs défendent ardemment la sélection par les « us et coutumes », ce qui dans la pratique politique kanak, revient à la « recherche du consensus »[2]. Cela paraît d'autant plus important qu'à quelques exceptions près, les sénateurs coutumiers ne sont pas tous chefs. Le processus de nomination est donc flou et peut varier d'une aire à l'autre. Depuis les résultats du referendum en 2021, les institutions coutumières (comme les autres institutions calédoniennes), doivent préparer la sortie de l'Accord de Nouméa et réfléchir à leurs modalités d'existence durable[3]. La possibilité de réformer le système de désignation des sénateurs coutumiers se pose à nouveau[4].

Il est donc difficile pour les sénateurs coutumiers d'établir leur légitimité à dire la coutume, quand celle-ci recouvre des réalités sociales différentes, et que l'on sait que l'organisation sociale kanak segmentaire, appelle une autorité fragmentée ou diffuse, voire, contestée localement[5]. Les critiques souvent faites sont celles d'une masculinité et d'une séniorité exclusives[6]. Si les hommes approchant la quarantaine, encore considérés comme « jeunes » dans le monde kanak, se sont peu à peu fait une place parmi les sénateurs coutumiers depuis le début de la décennie 2010, ce n'est pas le cas des femmes[7]. Nous verrons qu'une petite minorité

---

[1] DEMMER, Christine et Christine SALOMON. « Droit coutumier et indépendance kanak ». *Op. cit.* Voir également l'introduction générale de cette thèse.

[2] DEMMER, Christine et Christine SALOMON. « À propos du Sénat coutumier ». *Op. cit.* p. 119

[3] GALLO, Jean-Frédéric. « Quelle sera la place des institutions coutumières demain ? », *LNC.nc | Les Nouvelles Calédoniennes, le Journal de Nouvelle Calédonie*. 17 juin 2022.

[4] Le président actuel du Sénat coutumier, Yvon Kona s'interrogeait récemment : « Est-ce que l'on doit rester sur la désignation selon les us et coutumes, ou doit-on les élire ? Si oui, qui sera chargé de le faire ? ». Voir R., T. « Le Sénat coutumier prépare la sortie de l'accord », *LNC.nc | Les Nouvelles Calédoniennes, le Journal de Nouvelle Calédonie*. 19 juin 2022.

[5] NAEPELS, Michel. *Histoires de terres kanakes : conflits fonciers et rapports sociaux dans la région de Houaïlou, Nouvelle-Calédonie. Op. cit.* ; NAEPELS, Michel. *Conjurer la guerre. Op. cit.*

[6] Ces critiques ont été émises comme mentionné précédemment dans l'article de *Vacarme* co-signé par de nombreux chercheurs. Par ailleurs le travail de Christine Salomon s'inscrit depuis plusieurs années dans l'étude des rapports de force entre les genres inégaux au sein de la coutume. Voir SALOMON, Christine. « Quand les filles ne se taisent plus: Un aspect du changement postcolonial en Nouvelle-Calédonie », *Terrain*. 1 mars 2003 No. 40. p. 133-150. ; SALOMON, Christine. « Hommes et femmes. Harmonie d'ensemble ou antagonisme sourd ? » in Alban BENSA et Isabelle LEBLIC (éd.). *En pays kanak : Ethnologie, linguistique, archéologie, histoire de la Nouvelle Calédonie*. Paris : Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 2015, p. 311-338. ; SALOMON, Christine. « Réponses aux violences de genre en Nouvelle-Calédonie ». *Op. cit.*

[7] Il existe une plus grande représentation des femmes dans les sphères politiques bien qu'elle soit encore timide. Voir NAYRAL, Mélissa. « L'arrivée des femmes kanakes sur la scène politique néo-calédonienne: féminisme ou arithmétique ? » *La globalisation à l'aune du genre : vers une sociologie politique de la promotion internationale des normes égalitaires*. Paris : Congrès Association française de Sciences politiques. 2013.

d'entre elles accède progressivement à la fonction d'assesseur coutumier, et qu'elles peuvent être — tout à fait exceptionnellement — nommées chef de clan (si personne d'autre ne peut prétendre à la position dans la lignée adéquate), mais que jamais le Sénat coutumier n'a connu de sénatrice[1]. Ceci est d'autant plus notable que le Sénat coutumier contribue à produire des documents quasi juridiques, ayant pour objectif de donner une ampleur territoriale à la coutume.

b) Le processus d'élaboration de la Charte du peuple kanak interrogé

Le Sénat coutumier a mis en place des consultations dans les aires coutumières pour développer un socle de valeurs communes, dont la synthèse a été publiée en décembre 2013. Ce socle est devenu la base de la Charte du peuple kanak, proclamée le 12 avril 2014. Le Sénat coutumier a présenté cette Charte comme le symbole de l'unité du peuple kanak, parce qu'elle lui donnerait un cadre juridique de reconnaissance.

La nature même du document n'est pas absolument claire. Au cours d'un entretien avec l'ex-directeur de la culture de la Province Nord, occupant aujourd'hui le même poste dans la Province des Îles, celui-ci me dit en relation avec la conviction qui le poussait à participer au processus d'élaboration de la Charte :

> « C'est un document juridique qui est nécessaire. Ce n'est pas la coutume. Ce n'est pas l'écriture du droit, mais c'est un travail d'identification des valeurs importantes pour les Kanak, mais aussi pour les non-Kanak. Pas seulement pour les Kanak. » [2]

Il exprime ainsi bien les ambivalences inhérentes à la Charte ; à la fois sur le fond — est-ce un document juridique ? Est-ce de la coutume ? Est-ce du droit ? Sur quelles sources s'appuie celui-ci ? — mais également sur les visées de la Charte et du public à laquelle elle s'adresse.

Bien qu'elle ait des ambitions juridiques, la Charte du peuple kanak n'a pas de valeur juridique en tant que telle. Pourtant, à l'instar de divers textes juridiques internationaux, et français, le préambule de la Charte justifie son adoption par les autorités coutumières kanak, en faisant référence à une série de documents officiels et juridiques dont la Charte des Nations Unies, la Déclaration des droits des peuples autochtones[3], le rapport sur la Nouvelle-Calédonie

---

[1] DEMMER, Christine et Christine SALOMON. « À propos du Sénat coutumier ». *Op. cit.* p. 120

[2] Extrait d'entretien téléphonique, Ex-Directeur de la culture à la province Nord et aujourd'hui à la province des Îles, juillet 2016

[3] Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies 61/295 portant Déclaration des droits des peuples autochtones, A/RES/61/295, 13 septembre 2007.

du rapporteur spécial des Nations unies sur les droits des peuples autochtones de 2011[1], la Constitution française, les Accords de Matignon et de Nouméa, et la résolution du Congrès de la Nouvelle-Calédonie sur la mise en œuvre locale de la Déclaration des droits des peuples autochtones de 2012[2].

Les recherches de Rowena Dickins-Morrison sont les plus complètes sur le processus d'élaboration et la portée de la Charte[3]. Selon elle, le processus de production de la Charte annonce clairement la poursuite de trois ambitions[4]. Premièrement, la Charte vise à assurer la réalisation des droits autochtones du peuple kanak — vu l'inspiration importante de la Déclaration des droits des peuples autochtones qui transparait dans la Charte, et le champ lexical en référence au mouvement international des droits des peuples autochtones dans lequel s'inscrit la Charte. Deuxièmement, la Charte vise à restructurer et à assurer le contrôle des Kanak sur les mécanismes par lesquels la coutume orale est transformée en un système juridique positif, et écrit, reconnu par l'État. La troisième ambition de la Charte serait de renforcer et de préserver l'identité, les coutumes, les valeurs, le mode de vie et la vision du monde kanak, face à leur érosion, voire le risque de leur disparition, du fait de la colonisation, et compte tenu de la domination contemporaine d'identités, de valeurs et de modes de vie occidentaux. Cette démarche de préservation et d'harmonisation d'une coutume souvent présentée comme très fragmentée est une réaffirmation de l'importance de celle-ci dans le monde kanak, adressée aux non-Kanak (réaffirmation externe), mais aussi aux Kanak (réaffirmation interne). Le Sénat coutumier dans son travail d'assemblage d'un *Socle commun des valeurs kanak* (SCVK) insiste ainsi sur un effort de « réhabilitation » (externe) et de « réappropriation » (interne). Cette instance perçoit en effet « une déperdition ultra rapide [des] valeurs [de la coutume] »[5] et parle

[1] ANAYA, JAMES. Rapport du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, La situation du peuple kanak de Nouvelle-Calédonie (France), N° A/HRC/18/35/Add.6, Conseil des droits de l'homme, 14 septembre 2011.

[2] SENAT COUTUMIER. « La Charte du peuple Kanak. Socle Commun des Valeurs et Principes Fondamentaux de la Civilisation Kanak ».

[3] DICKINS MORRISON, Rowena. « The Charter of the Kanak People ». *Op. cit.*

[4] *Ibid.* p. 487-488

[5] SENAT COUTUMIER. « Samedi 26 avril 2014, en clôture du Congrès Extraordinaire du Pays Kanak, Proclamation de la Charte du Peuple Kanak, par le Président Paul Vakié ». Nouméa, Nouvelle-Calédonie : Site internet du Sénat coutumier, 2014. p. 6. En ligne : http://www.senat-coutumier.nc/phocadownload/userupload/nos_publications/charte.pdf [consulté le 7 mai 2016].

même d’une « hémorragie »[1]. Cette ambition engendre des tensions, compte tenu de la nécessité de reconnaître, et dans une certaine mesure de s’adapter, aux changements sociaux inévitables[2].

En outre, il résulte de mes observations, d’une part, que la Charte a été perçue comme un document pouvant servir à la refonte d’un droit nouveau, voire même à l’établissement de « principes quasi -constitutionnels » qui viseraient à unifier le peuple kanak. D’autre part, elle a pour ambition d’asseoir de manière ferme la place du droit coutumier kanak dans le champ juridique néo-calédonien, notamment par rapport au droit commun français. Elle peut théoriquement être citée à l’occasion dans les jugements, ou tout du moins au cours des audiences pour appuyer les propos des assesseurs coutumiers, mais d’après nos observations, cela arrive très rarement[3].

P. Deumier observe ainsi que

> « L’intégration de la Charte dans les décisions appliquant la coutume est donc clairement acquise. Mais il faut se garder de surévaluer cette référence : la multiplication des citations ne traduit pas une coutume désormais mieux appliquée par les juges ou même, tout simplement, une coutume désormais différemment appliquée par les juges. En effet, cet enrichissement ne semble se traduire dans aucun des domaines étudiés par une modification de la jurisprudence : la Charte est dès lors un argument qui vient conforter la coutume judiciaire, en permettant de vérifier sa compatibilité aux valeurs proclamées. Elle ajoute à la coutume judiciaire déjà construite un argument persuasif, d’autant plus utile qu’il sert la légitimité et l’acceptabilité de la décision. »[4]

Son propos s’aligne avec ceux d’un magistrat, que nous avons recueillis lors d’un entretien en 2016, dans une section détachée :

> « Il n’y a pas eu de divergence entre ce qui a été écrit dans la Charte pour ces matières-là, et ce que nous rendions comme décisions, et les motivations pour les prendre. Ça me paraît normal. Dans la mesure où on respectait la parole des assesseurs coutumiers, et

---

[1] *Ibid*. p. 7

[2] En 2016, le Sénat coutumier adopte un « plan Marshall » pour « sauver la société kanak ». L’un de ses principaux axes de bataille est que la France restitue le crâne du chef de guerre kanak Ataï, de la grande révolte de 1878. Voir BANARE, Eddy. « Images et textes d’Ataï (1969-2016) : l’élaboration de discours politiques kanak », *Journal de la Société des Océanistes*. 15 décembre 2018 No. 2. p. 515-528.

[3] Les observations de B. Trépied font état des mêmes conclusions. Voir TRÉPIED, Benoît. « Urban Kanak Parents on Customary Trial: An Ethnography of the Customary Family Court of Noumea, New Caledonia: Urban Kanak Parents on Customary Trial », *City & Society*. Avril 2016, vol. 28 No. 1. p. 99-122. ; TRÉPIED, Benoît. « “Vous avez oublié que vous êtes Kanak !” La justice coutumière face aux nouvelles relations familiales kanak ». *Op. cit.*

[4] Voir DEUMIER, Pascale. « Synthèse » *La coutume Kanak dans le pluralisme juridique calédonien*. Nouméa : Presses Universitaires de Nouvelle-Calédonie, 2018, p. 200.

que ces coutumiers discutent avec d'autres représentants coutumiers et avec le Sénat ; tout ça, ce qui est retranscrit. […] [Ce n'est] pas pour nous que c'est important. Nous on sait. […] Mais pour ceux qui se retrouvent dans un litige, qui reçoivent un jugement, pour eux c'est important de savoir sur quelles bases on a pris le jugement. […] Voilà à quoi ça peut servir. Mais c'est limité à quelques points de la Charte. » [1]

Il faut souligner que la convergence entre les décisions prises par les juridictions coutumières et les valeurs défendues dans la Charte peuvent également s'expliquer par une forte implication de juristes métropolitains et étrangers (en particulier canadiens) dans l'élaboration du document[2], ce qui a parfois contribué à délégitimer la portée que celle-ci aurait pu avoir[3].

Il n'en reste pas moins que la démarche du Sénat coutumier s'apparente davantage à une tentative d'influence d'un droit déjà existant, principalement au sein des juridictions s'adressant aux justiciables de statut particulier, comprenant des assesseurs coutumiers, mais aussi dans le but d'imposer une intégration de la coutume dans les domaines ne la reconnaissant pas encore, notamment le droit pénal. Le Sénat coutumier défend ainsi l'idée d'un pluralisme juridique « coopératif et équilibré », où droit commun et droit coutumier seraient parfaitement à égalité et capables de s'influencer mutuellement. À cet égard, l'article 103 de la Charte affirme que le droit coutumier doit être développé par

« le principe et la pratique d'un droit jurisprudentiel pour tout ce qui touche à la coutume et à la sphère coutumière »[4].

Cet article pourrait correspondre en partie à des processus résultant de l'approche adoptée par certains juges au sein des chambres coutumières, qui implique notamment l'élaboration et l'application d'une « coutume judiciaire », comme l'a théorisé, préconisé et mis en pratique R. Lafargue[5]. Cependant, plutôt que de simplement faire référence à des pratiques existantes,

---

[1] Extrait d'entretien, Magistrat M2, Koné, 21 juillet 2016.

[2] FERAL, François. « L'adoption de la Charte du peuple Kanak de Nouvelle-Calédonie ». *Op. cit.* ; OTIS, Ghislain. « Le projet de Charte kanak: vers la conciliation décolonisée des souverainetés kanak et républicaine ». *Op. cit.* ; BOUQUET-ELKAÏM, Jérôme. « Comment s'est écrite la Charte du peuple kanak? » *Op. cit.*

[3] « Il n'y a aucun jugement de valeur dans ce que je dis. Mais la charte du peuple kanak il faut quand même reconnaître qu'elle a été écrite en grande partie par des Européens. Donc… d'accord ? Il y a quand même des spécialistes autoproclamés de la coutume ! […] Et puis à nouveau, quand on la lit bien, on se retrouve de nouveau dans la place des femmes… quand on est à la cuisine… ce n'est pas une avancée. Ce n'est pas du tout une avancée pour les femmes et les enfants. On sent de nouveau une envie de mainmise des hommes. » Extrait d'entretien, Association de défense des victimes, juillet 2016.

[4] Article 103, « Charte du Peuple kanak ». *Op. cit.* p. 28

[5] LAFARGUE, Régis. *La coutume face à son destin*. *Op. cit.* p. 313-324; LAFARGUE, Régis. « The unity of the republic vs. living together on the same land: New Caledonia from colonization to indigenousness:

qui émergeaient à la chambre coutumière à l'époque où la Charte a été écrite, ce passage de la Charte pourrait être interprété selon R. Dickins-Morrison, comme envisageant la définition formelle et stricte d'un droit coutumier basé sur des précédents juridiques écrits, transformés en jurisprudence contraignante, inspirée du système juridique de la *common law* anglo-saxonne[1].

Il semble de prime abord que l'approche de la *common law*, qui repose sur la jurisprudence pourrait apporter une solution partielle à la question de l'incorporation des mécanismes grâce auxquels le droit coutumier écrit et formalisé peut conserver une certaine souplesse et la capacité d'évoluer dans le temps en réponse à des changements sociaux plus vastes et à de nouvelles situations[2]. Le Sénat coutumier a en effet exprimé à plusieurs reprises le souhait de développer le projet de la Charte de manière à s'emparer de cette question, où l'oralité de la coutume est transformée par sa transcription en textes juridiques écrits[3]. Ces projets qui sont théoriquement du ressort du Sénat coutumier, et notamment de sa commission « droit et justice », n'ont pour le moment jamais véritablement créé de dialogue ou de liens explicites avec les chambres coutumières, qui procèdent de manière relativement isolée.

Par ailleurs, la Charte n'évoque pas non plus de mécanismes qui permettraient de modifier les principes qu'elle défend, et la tendance conservatrice des tribunaux de *common law* n'est ni mentionnée, ni même envisagée. Comme le rappelle Louis Assier-Andrieu à propos du système juridique de la *common law* : « Il est profondément conservateur, car l'imposition du précédent fait peser sur le présent la "lourde mainmorte du passé" »[4].

Dans la période suivant la proclamation de la Charte, le tribunal de Nouméa s'est servi à quelques reprises explicitement de la Charte pour motiver ses décisions. R. Dickins-Morrison

---

law at the center of a major culture issue », *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*. 2014, vol.46 n°2. p. 172–192.; Voir également LECA, Antoine. *Introduction au droit civil coutumier kanak*. *Op. cit.* p. 51

[1] GRENON, Aline. « Codes et codifications : dialogue avec la common law ? », *Les Cahiers de droit*. 2005, vol.46 No. 1-2. p. 53.

[2] DICKINS MORRISON, Rowena. « The Charter of the Kanak People ». *Op. cit.* p. 494

[3] SENAT COUTUMIER. « La Parole, numéro spécial ». *Op. cit.* p. 7 ; SENAT COUTUMIER. « Socle Commun des Valeurs Kanak ». *Op. cit.* p. 66

[4] ASSIER-ANDRIEU, Louis. L'autorité du passé : essai anthropologique sur la Common law. Paris : Dalloz, 2011. p. 42.

donne l'exemple d'un jugement de la Cour d'appel de Nouméa, de mai 2014[1]. Le jugement y fait appel pour venir à l'appui de ses déclarations sur la « normativité autochtone », qui fonde la « coutume judiciaire » appliquée par le tribunal. R. Lafargue est alors président de la Cour d'appel de Nouméa. Dans ce jugement, la Charte est citée pour soutenir la position adoptée par les tribunaux locaux (les sections détachées), y compris dans des décisions antérieures, et confirmées par la Cour d'appel, dans la présente affaire, sur la base de la notion de « lien à la terre », identifiée comme un « concept normatif spécifique à la société coutumière ». Il est exposé que la notion ne correspond pas à un droit patrimonial, mais plutôt à un droit personnel, puisqu'elle affecte « l'identité et le statut des hommes par rapport aux terres par lesquelles ils se définissent ». D'après R. Lafargue, cette définition s'écarte des normes et conceptions juridiques françaises, et est donc potentiellement contestable en justice étant donné que la notion de « lien à la terre » n'est pas explicitement déterminée[2]. Dans ce cas, la référence de la Cour d'appel à la Charte pourrait être considérée comme une tentative de renforcer la légitimité de ses motivations et de la décision qui en découle et ipso facto de la juridiction en tant que telle[3].

La Charte n'a jamais été mobilisée pendant mes observations ethnographiques, au cours d'une audience ou bien lors des délibérés auxquels j'ai pu assister. Le rapport de recherche de 2016, dirigé par É. Cornut et P. Deumier, qui a étudié un échantillon de plus de 600 décisions des chambres coutumières cite la Charte comme l'un des instruments auquel les professionnels du droit ont recours pour appuyer leurs jugements.

> « À compter de 2010, il s'opère une mutation flagrante. La motivation est davantage détaillée : le contenu de la coutume est développé, les juges citent presque systématiquement leur propre jurisprudence, distinguent clairement l'énoncé de la coutume de son application au cas d'espèce et mentionnent même, parfois, la Charte des valeurs. »[4]

---

[1] Cour d'appel de Nouméa, chambre coutumière, arrêt du 22 mai 2014, n° de RG 12/00101, cité dans DICKINS MORRISON, Rowena. « The Charter of the Kanak People ». *Op. cit.* p. 494 Note 74

[2] À noter que la notion apparaît dans l'Accords de Nouméa, mais n'est pas défini — d'où l'idée d'un lien consubstantiel à l'identité kanak. Voir LAFARGUE, Régis. « The unity of the republic vs. living together on the same land: New Caledonia from colonization to indigenousness: law at the center of a major culture issue », *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*. 2014, vol.46 No. 2. p. 183-184.

[3] DICKINS MORRISON, Rowena. « The Charter of the Kanak People ». *Op. cit.* p. 495

[4] Voir DEUMIER, Pascale. « Synthèse » *Op. cit.* p. 101-102.

Néanmoins, seulement trois jugements sont référencés en note de bas de page pour appuyer le propos, deux du Tribunal de Première Instance de Nouméa, et un de la Cour d'appel[1].

La Charte n'est en effet pas un texte législatif exhaustif qui pourrait servir directement au sein des juridictions coutumières. Les principes qui y sont édictés posent frontalement la question de l'articulation entre les différents ordres normatifs puisque certaines des valeurs défendues vont à l'encontre de la Constitution. Elle énonce ainsi le caractère intrinsèquement inégalitaire et patriarcal de la société kanak.

> « La société kanak n'utilise pas la notion d'égalité au même titre que la société occidentale. De toutes les façons, il ne faut pas avoir honte de dire que l'on est une société qui n'est pas égalitaire, car ce système inégalitaire permet d'assurer la cohésion entre les individus. »[2]

C. Salomon souligne pareillement l'existence d'articles de la Charte qui vont à l'encontre du principe d'égalité entre les époux[3].

La conception extensive du droit coutumier de la Charte semble donc aller bien au-delà du cadre actuel dans lequel le droit coutumier est articulé et intégré dans le système juridique étatique. Il ne s'agit pas d'une codification en ce que la Charte ne prétend pas prévoir toutes les situations et des mécanismes de résolutions concrets que les professionnels du droit pourraient reprendre en l'état dans leur travail. Il est plutôt question d'un discours politique, et de l'édiction de valeurs quasi constitutionnelles, qui influencent malgré tout la manière dont les institutions étatiques vont se saisir de la coutume et la sélection des aspects qui seront mis par écrit. Le fait que des principes coutumiers allant à l'encontre de la constitution aient adoptés dans cette

---

[1] TPI Nouméa, 9 janvier 2015, n° 15/1 (qui se fonde sur l'article 62 de la Charte) ; CA Nouméa, 1er octobre 2015, n° 14/00240 ; TPI Nouméa, 1er décembre 2014, n° 14/95, cité dans *Ibid.* Note 259

[2] SENAT COUTUMIER. « La Parole : Socle commun des valeurs kanak. Journal d'information du Sénat coutumier de Nouvelle-Calédonie », *La Parole,* n° 16. décembre 2012 p. 28. En ligne : http://www.senat-coutumier.nc/le-senat-coutumier/nos-publications/la-parole# [consulté le 8 mai 2016]. Cité dans SALOMON, Christine. « Égalité totale ou évolution encadrée et séparée ». *Op. cit.* p. 91 note 111

[3] Ce principe est prévu notamment par le préambule de la Constitution de 1946 [§3 « *La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme* »], ou encore par l'article 5 du protocole n° 7 à la CEDH [« *Les époux jouissent de l'égalité de droits et de responsabilités de caractère civil entre eux et dans leurs relations avec leurs enfants au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution.* »]. Pour des études approfondies et comparatives de ce principe, voir les travaux suivants : DJOKO NOUBISSI, Eunice. *Essai d'universalisation du principe d'égalité entre époux : analyse comparative à la lumière des droits français et camerounais,* Thèse de doctorat en droit comparé. Paris : Université Paris I – Panthéon Sorbonne, 2015. ; AL-AMER, Munira. *L'égalité entre époux: étude comparative: Droits français, qatarien, saoudien et tunisien,* Thèse de doctorat en droit privé. Strasbourg : Université de Strasbourg, 2019.

Charte souligne une fois encore les ambiguïtés inhérentes à l'articulation entre droit coutumier et droits fondamentaux, qui repose en conséquence sur les professionnels du droit des juridictions coutumières.

C - Les juridictions coutumières : de la colonie aux droits fondamentaux

1) Le lourd héritage colonial des juridictions coutumières

Nous avons vu que les Kanak sont, depuis le début de la colonisation, soumis à un régime juridique spécial. Ce qu'il est particulièrement important de saisir est à la fois la dynamique d'intervention coloniale, en vertu de laquelle l'administration coloniale a judiciarisé un certain nombre d'entités — tribus, réserves, et chefs — dans une logique de gouvernement indirect ; tout en pratiquant une politique de laisser-faire et de « mise de côté » du monde kanak, par leur relégation spatiale systématique et l'idée teintée d'évolutionnisme selon laquelle leur extinction était proche. Ceci se comprend à l'aune d'une non-codification de la coutume concomitante à une non-intégration à la citoyenneté. Les Kanak ont un statut de liminalité permanente pendant l'ère coloniale. C'est aussi la raison pour laquelle très peu d'efforts ont été faits pour d'éventuelles codifications des coutumes kanak, à l'inverse d'autres colonies françaises, notamment en Afrique.

Ainsi, la colonisation n'a pas eu « besoin » de codifier la coutume du fait du type de gouvernement indirect à l'œuvre, avec enfermement dans des réserves, création d'une chefferie administrative et mise en place du régime disciplinaire de l'indigénat. Les conflits entre individus de statut particulier ont donc longtemps été réglés en interne puisque lorsque, dans de rares cas, les tribunaux étaient saisis pour des questions concernant les populations autochtones, ils se déclaraient incompétents et renvoyaient les justiciables de statut particulier à leurs « juges naturels »[1] — les autorités coutumières — parce que les Kanak ne pouvaient en aucun cas abandonner leur statut personnel[2]. Le magistrat de droit civil se reconnaissait alors incompétent pour se prononcer sur des litiges coutumiers.

Par la suite, pour permettre tout de même un traitement juridictionnel des litiges qui leur étaient soumis, les magistrats coloniaux ont fini par considérer qu'en soumettant le litige devant

---

[1] Cour d'appel de Nouméa, 19 septembre 1933, *Rec. Penant*, 1934,1, p. 86. cité dans JOISSAINS, Sophie, Jean-Pierre SUEUR, et Catherine TASCA. *Nouvelle-Calédonie : continuer à avancer vers le destin commun*. Rapport d'information n°104. Sénat français, 2014.

[2] LAFARGUE, Régis. *La coutume face à son destin*. *Op. cit.*

une juridiction de droit civil, les justiciables renonçaient implicitement à leur statut coutumier, au profit du droit commun[1]. La jurisprudence adopte ainsi une logique assimilationniste visant à encourager l'abandon du statut coutumier[2]. Régis Lafargue résume la situation de la manière suivante :

> « Jusqu'en 1989, en Nouvelle-Calédonie, l'unique juridiction républicaine étant une juridiction de droit moderne inapte à manier le droit coutumier, les citoyens de statut particulier devaient opter soit pour un traitement "judiciaire" de leur litige et alors se voyaient appliquer le droit commun, ou bien pour un traitement non judiciaire et se voyaient renvoyé à saisir leurs autorités traditionnelles, la juridiction se déclarant alors incompétente *ratione personae*[3]. » [4]

Rappelons qu'en 1946, à l'abolition du statut de l'Indigénat, le choix a été fait de garder deux statuts juridiques distincts. En 1967, un état civil coutumier est établi[5]. Néanmoins il faut attendre le début des années 1980 et l'instauration d'une juridiction coutumière, indépendante de la juridiction de droit civil, pour que le maintien de ce statut particulier soit mis en pratique.

L'ordonnance du 15 octobre 1982[6] institue les assesseurs coutumiers en Nouvelle-Calédonie au tribunal civil de première instance et à la Cour d'appel. Ces assesseurs coutumiers complètent le tribunal dans le cadre de litiges entre personnes de statut coutumier kanak. Le « tribunal coutumier », constitué d'un juge civil et d'assesseurs coutumiers (toujours majoritaires en première instance), tranche les conflits qui opposent des personnes relevant du statut particulier, et ce en première instance, comme en appel.

Il faut attendre cependant le début des années 2000 pour que cette ordonnance soit réellement appliquée. C'est en effet la loi organique de 1999, écrite à la suite des Accords de Nouméa, qui « réactive » l'ordonnance de 1982. Un mode de fonctionnement interne aux tribunaux de première instance et de Cour d'appel s'organise afin de véritablement mettre en place une chambre coutumière, à travers l'appel systématique des assesseurs coutumiers et

---

[1] JOISSAINS, Sophie, Jean-Pierre SUEUR, et Catherine TASCA. *Nouvelle-Calédonie : continuer à avancer vers le destin commun*. *Op. cit.*

[2] *Ibid.*

[3] Cour d'appel de Nouméa, *Gnibekan c/. Kate*, 23 novembre 1987, n° 167/87, cité dans LAFARGUE, Régis. *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie : aux sources d'un droit commun coutumier*. Aix-en-Provence : Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003. p. 19. Note 40

[4] *Ibid.*

[5] BIDAUD-GARON, Christine. « L'état civil coutumier ». *Op. cit.*

[6] Ordonnance n° 82-877 du 15 octobre 1982, *JORF* du 17 oct. 1982, p. 3106. Voir Chapitre I de cette thèse, point A.2.a.

l'élaboration d'une « jurisprudence coutumière » selon les termes de l'un de ses grands contributeurs, Régis Lafargue[1]. Avant cela, les changements de statuts vers le droit commun étaient encouragés ; le droit pour les justiciables de renoncer à la présence d'assesseurs coutumiers était fortement suggéré, voire l'ordonnance était purement et simplement ignorée[2].

La juridiction coutumière prend forme à la fin des années 2010, et connaît une « routinisation » de son fonctionnement entre 2010 et 2014, sous l'impulsion de magistrats reconnus pour cette entreprise[3]. Ces magistrats ont défendu publiquement leurs positions et leurs visions de leur travail en tant que magistrats de tribunaux coutumiers et ont travaillé ensemble, un peu à contre-courant de la tendance générale du Tribunal de Nouméa, qui rechignait manifestement à appliquer l'ordonnance de 1982. La juridiction coutumière telle qu'elle fonctionne aujourd'hui est donc largement le reflet de l'interprétation de ces magistrats qui ont siégé notamment entre 2010 et 2014, en première instance comme en appel, à Nouméa, comme dans les sections détachées.

Une greffière (G1) affectée au tribunal de Nouméa en 2006 se demandait même lors d'un de nos entretiens si la juridiction coutumière existait à son arrivée.

> « Parce que je crois que ce n'était même pas créé encore. Enfin, que ce n'était pas mis en place du moins ; […] Du coup la juridiction coutumière je me suis investie à fond parce qu'elle n'existait pas du tout ; donc on a vraiment monté quelque chose avec le président à l'époque. »[4]

Un des deux magistrats ayant siégé à Nouméa entre 2010 et 2014, qui sont les années fondatrices de la mise en place de la juridiction coutumière, et ayant travaillé avec la greffière susmentionnée (G1), affirme similairement :

> « On a sué tous les deux pendant cinq ans pour cette juridiction […] ! [Rires] »[5]

Bientôt, le président du tribunal fait le choix de nommer un magistrat et une greffière spécialement dédiés à cette chambre (en plus de leurs autres tâches). Cette même greffière (G1) organise avec le président de l'époque une chambre coutumière séparée du reste des affaires.

---

[1] LAFARGUE, Régis. La coutume face à son destin. Op. cit.

[2] *Ibid.*

[3] DEMMER, Christine. *Faire de la coutume kanak un droit. Enjeux, histoire, questionnements*. *Op. cit.*

[4] Entretien avec la greffière G1, *Op. cit.*

[5] Entretien avec le Magistrat M1, 6 décembre 2016

2) L'enjeu de la délimitation du champ d'application du droit coutumier

Une fois la juridiction coutumière réellement fonctionnelle, s'est posé la question de la matière couverte par cette juridiction. Comme l'explique Étienne Cornut,

> « Trois thèses s'opposent. La première, extensive, vise l'ensemble du droit civil, c'est-à-dire non seulement les règles relatives à la personne, extrapatrimoniales (état et capacité, famille), mais également celles relatives aux activités économiques et sociales (obligations contractuelles et délictuelles, successions, libéralités, régimes matrimoniaux, biens). La deuxième, restrictive, délimite le domaine du statut civil coutumier aux seuls droits civils extrapatrimoniaux[1] ainsi que le statut des biens en mariage et les successions […]. La troisième, fondée sur une volonté de pragmatisme juridique, estime que les personnes de statut civil coutumier kanak sont régies par leurs coutumes seulement en ce qui concerne le droit civil traité par ces coutumes. Peu importe dans cette dernière vision la nature extrapatrimoniale ou patrimoniale des droits civils en cause, la coutume les régit si elle les prévoit. Cette vision donne ainsi un domaine évolutif à la coutume. Mais si elle peut paraître séduisante, elle confond la question des lacunes avec l'applicabilité et l'application de la coutume. » [2]

Le rapport Chauvin fait état avec beaucoup de précisions des problématiques entourant le champ d'application de la juridiction coutumière[3]. Les articles 7 et 19 de la loi organique du 19 mars 1999 affirment que

> « Les personnes dont le statut personnel, au sens de l'article 75 de la Constitution, est le statut civil coutumier kanak décrit par la présente loi sont régies en matière de droit civil par leurs coutumes. » (Article 7)
>
> « La juridiction civile de droit commun est seule compétente pour connaître des litiges et requêtes relatifs au statut civil coutumier ou aux terres coutumières. Elle est alors complétée par des assesseurs coutumiers dans les conditions prévues par la loi. » (Article 19)

Bien que les termes paraissent clairs, ces deux paragraphes ont été l'enjeu de ce que l'on pourrait qualifier de bataille judiciaire. La Cour de cassation avait déjà par deux arrêts en 1991

[1] Le droit extrapatrimonial ne concerne ni les biens ni le patrimoine d'une personne physique ou d'une personne morale. À l'inverse du droit patrimonial, le droit extrapatrimonial ne peut être ni quantifié, ni cédé, ni acheté, ni échangé.

[2] Notes de bas de pages omises. CORNUT, Étienne. « La juridicité de la coutume kanak », *Droit et Cultures*. 2010, vol. 2 n°60. p. 23.

[3] Rapport de M. Chauvin Conseiller rapporteur, Cour de cassation, Avis n° 005 0011 du 16 décembre 2005

et 1992 insisté sur la nécessité de respecter les règles prescrites par l'ordonnance de 1982[1]. La question du champ d'application c'est-à-dire de la composition de la juridiction en fonction des litiges restait toutefois à préciser. En 2001 un magistrat de la section détachée de Koné avait tenté de faire valoir l'article 19 de la loi organique de 1999 pour étendre la juridiction des chambres coutumières aux matières d'assistances éducatives. La Cour d'appel de Nouméa avait réformé ce jugement en estimant que l'article L. 513-3 du Code de l'organisation judiciaire prévalait en matière d'assistance éducative[2]. Pour éviter une nouvelle déconvenue, le même juge de la section détachée de Koné a saisi la Cour de cassation pour avis en 2005 pour déterminer si l'article 7 désigne l'ensemble du droit civil, ou bien la partie du droit civil traité par les coutumes. La conclusion de la Cour de cassation est sans équivoque :

> « Il résulte de l'article 7 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 que les personnes de statut civil coutumier kanak sont régies, pour l'ensemble du droit civil, par leurs coutumes. » [3]

Ainsi pour reprendre les mots de Régis Lafargue,

> « les juridictions avec assesseurs coutumiers ont été créées pour dire le droit coutumier et, dans le silence du droit coutumier, pour le créer […] au besoin en recourant à un droit supplétif »[4].

La dernière étape de cette controverse est celle de l'inclusion de la responsabilité civile au sein de la juridiction des chambres coutumières — d'autant plus quand celle-ci fait suite à la commission d'une infraction pénale. Le droit pénal est depuis le début écarté du domaine de compétence des juridictions coutumières, puisqu'il s'agit d'une compétence régalienne en ce qu'il relève de l'ordre public[5]. En effet, jusqu'en 2007, la juridiction pénale déterminait le montant des dommages et intérêts auquel la victime avait le droit. La loi prévoyait que « l'action civile peut être exercée en même temps que l'action publique et devant la même juridiction » et qu'elle est « recevable pour tous les chefs de demande, aussi bien matériels que corporels ou

---

[1] Cour de cassation, 2e chambre civile, 6 février 1991, Recueil Dalloz Sirey, p. 93 ; Cour de cassation, 1ère chambre civile, 13 octobre 1992, arrêt 1209 P, J.C.P. 1992, IV, n° 3046.

[2] Cour d'appel de Nouméa, 17 septembre 2001, RG 333-2001

[3] Cour de cassation, avis n° 005 0011 du 16 décembre 2005, *Op. cit.*

[4] LAFARGUE, Régis. *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie: aux sources d'un droit commun coutumier. Op. cit.* p. 66

[5] FABERON, Jean-Yves. « Quelle répartition des compétences de droit pénal en Nouvelle-Calédonie ? », *Revue Juridique, Politique et économique de Nouvelle-Calédonie*. 2017, vol.1 No. 29. ; MALABAT, Valérie. « La prise en compte de la coutume kanak en droit pénal » *La coutume Kanak dans le pluralisme juridique calédonien*. Nouméa : Presses Universitaires de Nouvelle-Calédonie, 2018, p. 214-234.

moraux qui découleront des faits, objets de poursuite »[1]. L'audience sur l'intérêt civil pouvait alors se tenir immédiatement après le procès pénal, qu'il ait été correctionnel ou criminel, sans que la formation soit complétée par la présence d'assesseurs coutumiers. La Cour de cassation — où Régis Lafargue était à ce moment conseiller référendaire — émettait en 2007 un avis favorable concernant le renvoi d'une affaire de viol, jugée au pénal deux ans auparavant, devant une juridiction coutumière[2]. Étienne Cornut remarque qu'après l'établissement de cette compétence vers les juridictions coutumières, les controverses se sont déplacées.

> « Le débat perdu sur le terrain de la juridicité s'est décalé sur celui de la capacité de la coutume, du droit coutumier, à offrir aux victimes une protection au moins égale à celle qu'elles auraient en vertu du droit commun. »[3]

Les deux recherches menées spécifiquement sur la responsabilité civile en droit coutumier ne sont pas en accord concernant cette capacité du droit coutumier à traiter les victimes de la même manière qu'en droit commun. Si É. Cornut est fermement convaincu que

> « les juridictions avec assesseurs coutumiers, que le droit coutumier, en application de la coutume, sont en mesure d'offrir une réparation réelle et efficace aux victimes de statut civil coutumier, en ce sens que le droit civil français ou calédonien n'est pas inéluctablement, contrairement à ce qu'on a pu lire, le sésame sans lequel les victimes ne seraient pas reconnues et indemnisées. »[4]

C. Salomon démontre plutôt que

> « l'entreprise d'extension — sous couvert de reconnaissance de l'identité kanak — du droit coutumier à l'indemnisation a constitué, entre 2007 et 2013, une régression du droit des victimes de statut coutumier kanak, au détriment notamment des femmes victimes de violences genrées dont bon nombre ont renoncé alors à demander des dommages et intérêts à leurs agresseurs. »[5]

---

[1] Article 3 du Code de procédure pénale. Cité dans SALOMON, Christine. « Genre, justice et indemnisation des victimes de statut coutumier kanak », *Ethnologie française*. 2018, vol.169 No. 1. p. 69.

[2] C. Salomon souligne qu'après quatre années de procédure, cette victime aurait renoncé à être indemnisée. *Ibid.* p. 71

[3] CORNUT, Étienne. « Un contentieux coutumier émergent : les intérêts civils » *La coutume Kanak dans le pluralisme juridique calédonien*. Nouméa : Presses Universitaires de Nouvelle-Calédonie, 2018, p. 145-146.

[4] *Ibid.* p. 147

[5] SALOMON, Christine. « Genre, justice et indemnisation des victimes de statut coutumier kanak ». *Op. cit.* p. 77

Cet aperçu du débat qui agite la reconnaissance des intérêts civils comme faisant partie de la matière couverte par les juridictions coutumières est le reflet d'une articulation ambigüe entre les droits fondamentaux et le droit coutumier produit par les juridictions coutumières.

3) L'appréhension dérogatoire des droits fondamentaux

a) Le régime dérogatoire des juridictions coutumières

Théoriquement, l'Accord de Nouméa reconnaît l'égalité des statuts, civil et coutumier — le droit coutumier produit par les juridictions coutumières serait ainsi l'égal de celui produit par les juridictions de droit civil[1]. Il serait logique d'en déduire que si les juridictions coutumières sont les égales des juridictions de droit civil, elles sont alors soumises à la même hiérarchie des normes, plaçant la Constitution, et les droits fondamentaux à son sommet. L'article 55 de la Constitution couronne la pyramide des normes par les traités internationaux ratifiés par la France, tels que la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)[2].

> « Vue sous cet angle, la dispute est close : la coutume contraire à ces normes supérieures devrait être écartée par le juge. »[3]

É. Cornut rappelle cependant dans l'article le plus complet à ce jour sur la question que la Nouvelle-Calédonie occupe une place originale au sein de la Constitution française[4]. Elle répond à un régime dérogatoire fixé par le titre XIII de la Constitution. De surcroit, la Constitution a défini l'application d'un « statut civil coutumier » comme l'un des moyens de mise en œuvre de l'accord de Nouméa (article 77). Il en résulte que la Nouvelle-Calédonie occupe une place à part dans la Constitution — y compris en matière de dérogations possibles à une hiérarchie des normes habituelle. Afin de respecter l'accord de Nouméa, le Conseil constitutionnel a dû se prononcer et avaliser ce régime dérogatoire.

> « que rien ne s'oppose, sous réserve des prescriptions des articles 7, 16 et 89 de la Constitution, à ce que le pouvoir constituant introduise dans le texte de la Constitution des dispositions nouvelles qui, dans les cas qu'elles visent, dérogent à des règles ou principes de valeur constitutionnelle, ces dérogations pouvant n'être qu'implicites ; que

---

[1] CORNUT, Étienne. « La juridicité de la coutume kanak ». *Op. cit.*

[2] É. Cornut rajoute comme composante à la pyramide des normes les les principes généraux du droit et les dispositions dites d'ordre public, supérieurs aux lois ordinaires. CORNUT, Étienne. « L'application de la coutume kanak par le juge judiciaire à l'épreuve des droits de l'homme » *Le droit constitutionnel calédonien*. Bruxelles : Politeia, 2011, p. 241-261.

[3] *Ibid.* p. 246

[4] CORNUT, Étienne. « L'application de la coutume kanak par le juge judiciaire à l'épreuve des droits de l'homme ». *Op. cit.*

> tel est le cas en l'espèce ; qu'il résulte en effet des dispositions du premier alinéa de l'article 77 de la Constitution que le contrôle du Conseil constitutionnel sur la loi organique doit s'exercer non seulement au regard de la Constitution, mais également au regard des orientations définies par l'accord de Nouméa, lequel déroge à un certain nombre de règles ou principes de valeur constitutionnelle ; que, toutefois, de telles dérogations ne sauraient intervenir que dans la mesure strictement nécessaire à la mise en œuvre de l'accord. »[1]

On peut citer comme exemple le corps électoral restreint pour les élections locales[2], ou encore la protection de l'emploi local[3]. En ce qui concerne le statut coutumier, É. Cornut parle « d'exception de diversité culturelle » quant aux aspects du droit coutumier pouvant aller à l'encontre du respect des droits fondamentaux[4]. En effet, la CEDH s'applique compte tenu des spécificités locales, dans les territoires d'outre-mer (article 56-3 CEDH). Par exemple la France a émis une réserve à l'article 5 du protocole 7 de la CEDH sur le principe d'égalité entre les époux, de manière à ce que celui-ci ne fasse pas obstacle à l'application du droit coutumier en Nouvelle-Calédonie (article 57 CEDH)[5]. Ou encore, si l'on reprend l'exemple des intérêts civils de la section précédente, la Cour de cassation a rejeté un grief de discrimination, jugeant que l'appartenance de toutes les parties au statut coutumier justifie que le juge pénal renvoie l'affaire aux juridictions coutumières pour la partie concernant les intérêts civils, sans que celui-ci ait contrevenu l'article 14 de la CEDH vu les réserves de l'article 56-3 de la CEDH[6]. P. Deumier a également relevé qu'en cas de tension entre CEDH et droit coutumier, l'argument de la pyramide des normes et donc de la supériorité constitutionnelle peut être utilisé de manière

---

[1] Conseil constitutionnel, DC, 15 mars 1999, n° 99-410, *Journal officiel*, 21 mars 1999, p. 4234 ; Cité dans *Ibid.* p. 247 note 22

[2] Constitution, Art. 77 al. 3

[3] Loi du pays n° 2010-9 du 27 juillet 2010 relative à la protection, à la promotion et au soutien de l'emploi local, *JONC*, 12 août 2010, p. 6934.

[4] CORNUT, Étienne. « L'application de la coutume kanak par le juge judiciaire à l'épreuve des droits de l'homme ». *Op. cit.* p. 246

[5] *Ibid.* p. 248

[6] Il a également été considéré que puisque les parties peuvent renoncer à la formation coutumière, sans renoncer à leur statut coutumier (Art. L. 562-24 du COJ), voire même renoncer au statut coutumier et y revenir par la suite (Art. 12 et s. de la loi organique modifiée de 1999), et que par conséquent, il n'y avait pas de discrimination. Cour de cassation, chambre criminelle, 30 juin 2009, pourvoi n° 08-85954, *Bulletin criminel* 2009, n° 139. Voir SALOMON, Christine. « Genre, justice et indemnisation des victimes de statut coutumier kanak ». *Op. cit.* p. 71 ; CORNUT, Étienne. « Un contentieux coutumier émergent : les intérêts civils ». *Op. cit.* p. 149

à ne pas exercer le contrôle de conformité[1] et que de surcroit cet argument a déjà été entendu par la Cour européenne des droits de l'homme, dans le cadre du corps électoral restreint[2].

De même, dans un arrêt du 1er décembre 2010[3], la Cour de cassation estime « que l'application de la coutume échappe au contrôle de la Cour de cassation au regard de l'ordre public »[4]. La Cour de cassation se positionne à ce moment sur la question de la prestation compensatoire après divorce, inexistante en tant que telle dans la coutume selon les assesseurs coutumiers. Plutôt que de se prononcer sur la place de la prestation compensatoire en droit français, elle s'extrait d'une position de contrôle de conformité de la coutume en matière d'ordre public. Selon Valérie Parisot et Sandrine Sana-Chaillé-de-Néré,

> « C'est dire, en creux, que la coutume occupe, dans l'ordre juridique français, une place plus favorable que la loi étrangère. L'application de cette dernière, en effet, est contrôlée par le juge au regard de l'ordre public et écartée chaque fois qu'elle entre en contradiction avec lui. Au contraire, en matière de coutume, la Cour de cassation décide que doivent être acceptées dans notre ordre juridique des décisions qui, pourtant, heurtent certains de nos principes fondamentaux. »[5]

Néanmoins si des exceptions ont été reconnues, cela ne veut pas dire que le droit coutumier produit par les juridictions coutumières ne répond en aucun cas aux droits fondamentaux. Les réserves à la CEDH s'appliquent en Nouvelle-Calédonie de manière limitée, uniquement quand des principes du droit coutumier entrant en conflit avec des droits fondamentaux sont justifiés par des nécessités locales. Il faut en effet que les règles coutumières mobilisées, soit essentielles

---

[1] DEUMIER, Pascale. « La coutume kanake, le pluralisme des sources et le pluralisme des ordres juridiques », *RTDCiv. : Revue trimestrielle de droit civil*. 2006, vol. 3. p. 516-521.

[2] Cour européenne des droits de l'homme (section II), Arrêt, *Py c. France*, nº 66289/01, 11 janvier 2005. Cité dans *Ibid.*

[3] Cour de cassation, Première chambre civile, 1er déc. 2010, n° 08-20843, *Bull. civ.* 2010, I, n° 251

[4] PARISOT, Valérie et Marie-Elodie ANCEL. « Conflits de lois », *Revue critique de droit international privé*. 2011, vol. 3. p. 610-661. ; SANA-CHAILLE-DE-NERE, Sandrine. « Le statut coutumier kanak, ni loi du for ni loi étrangère. Commentaire Cass. 1ère civ. 1er déc. 2010. n° 08-20.843 », *Journal du droit international (Clunet)*. Vol. 3. 2010.

[5] PARISOT, Valérie et Sandrine SANA-CHAILLE DE NERE. « La méthode conflictuelle, une méthode de résolution du conflit de normes adaptée à l'intégration de la coutume dans le corpus juridique calédonien » *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*. Nouméa : Presses Universitaires de Nouvelle-Calédonie, 2018, p. 411.

à la mise en œuvre de l'Accord de Nouméa, pour qu'elles puissent bénéficier du régime dérogatoire des réserves à la CEDH[1].

b) L'intangibilité de certains droits fondamentaux en question

É. Cornut rappelle qu'en dépit du régime dérogatoire auquel sont soumises les juridictions coutumières, certains droits fondamentaux « ont un caractère intangible, absolu ; ils ne peuvent être l'objet d'aucune limitation ni restriction liée aux circonstances ou aux nécessités »[2]. La CEDH prévoit cinq droits intangibles (article 15 § 2) : le droit à la vie (art. 2), le droit de n'être ni torturé ni soumis à des traitements inhumains ou dégradants (art. 3), l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé (art. 4 § 1), la non-rétroactivité de la loi pénale (art. 7) et le droit de ne pas être jugé ou puni deux fois (art. 4 du protocole n° 7)[3]. Les sanctions coutumières ont ainsi été considérées comme des châtiments corporels humiliants et ne peuvent « bénéficier d'une quelconque immunité au regard de la CEDH »[4].

Théoriquement, cette interdiction absolue de traitements inhumains et dégradants s'étend au couple et proscrit par conséquent les violences conjugales[5]. Nous verrons toutefois dans le chapitre IV de cette thèse que dans la pratique, cette prohibition a du mal à être appliquée de manière rigoureuse au sein des juridictions coutumières, pour nombre de raisons.

Il découle de ces considérations que le législateur n'est pas rentré dans les détails de l'articulation entre droit coutumier et droits fondamentaux — notamment de manière à éviter de réglementer le « fond » de la coutume[6]. Dans la décision du 15 mars 1999, le Conseil

---

[1] CORNUT, Étienne. « L'application de la coutume kanak par le juge judiciaire à l'épreuve des droits de l'homme ». *Op. cit.* p. 255

[2] *Ibid.* p. 256

[3] *Ibid.*

[4] LEVINET, Michel. « Coutumes et droits de l'homme. Universalité et pluralisme dans la Convention européenne des droits de l'homme » *La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*. Paris : La Documentation française, 2000, p. 103.

[5] « Dès lors, il est permis d'admettre que, par exemple, la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants (JO n° 158 du 10 juillet 2010, p. 12762), déclarée applicable en Nouvelle-Calédonie pour certaines de ses dispositions civiles (art. 515-9 et s., art. 373-2-11, 6° du Code civil notamment), soit considérée comme une loi de police. Cette loi doit pouvoir au besoin s'imposer à la coutume et permettre l'immixtion du droit civil interne dans le mariage coutumier. À moins que la coutume régisse elle-même ces violences, pour les prévenir et les éliminer. » CORNUT, Étienne. « L'application de la coutume kanak par le juge judiciaire à l'épreuve des droits de l'homme ». *Op. cit.* p. 257

[6] CORNUT, Étienne. « La non-codification de la coutume kanak ». *Op. cit.*

constitutionnel a lui-même estimé que les dérogations aux principes fondamentaux garantis par la Constitution doivent être implicites et que c'est aux juges d'apprécier si une dérogation qui se présente à eux est « strictement nécessaire à la mise en œuvre de l'Accord de Nouméa »[1].

C'est donc aux professionnels du droit des juridictions coutumières qu'incombe de résoudre au cas par cas les tensions entre ordres normatifs qui peuvent émerger de certains contentieux, dans un cadre limité, de manière à ne pas remettre en cause l'Accord de Nouméa. Pour comprendre cette articulation entre droits fondamentaux et doit coutumier, le prisme du pluralisme juridique ne ferait qu'obscurcir un traitement de la question qui est loin d'être l'unique possibilité. L'Amérique latine présente en ce sens un éventail de perspectives en la matière. Certains pays ont structuré de manière explicite et précise les interactions entre droits fondamentaux et droits autochtones, tandis que d'autres restent plus flous.

4) L'articulation entre droits fondamentaux et justice autochtone à la lumière de techniques appliquées en Amérique latine

a) Un espace polyphonique en matière d'articulation normative

Les polyphonies naissant de l'articulation de plusieurs ordres normatifs se retrouvent dans d'autres pays qui ont reconnu un pluralisme juridique institutionnel, et ont donc accordé une certaine souveraineté à des systèmes de justice autochtones[2]. En Amérique latine par exemple, un certain nombre de pays ont reconnu constitutionnellement une souveraineté plus ou moins grande à des juridictions autochtones[3]. En effet, contrairement à d'autres régions du monde, une proportion importante des pays latino-américains a ratifié la convention 169 de l'OIT en 1989, qui reconnaît aux peuples indigènes « le droit de conserver leurs coutumes et institutions dès lors qu'elles ne sont pas incompatibles avec les droits fondamentaux définis par le système juridique national et avec les droits de l'homme reconnus au niveau international ». Le cas échéant, « des procédures doivent être établies (…) pour résoudre les conflits éventuellement soulevés par l'application de ce principe » (article 8). Le même droit, et son cadre sont reconnus pour « les méthodes auxquelles les peuples intéressés ont recours à titre coutumier pour

[1] Conseil Constitutionnel, 15 mars 1999, *Op. cit.* Voir aussi CORNUT, Étienne. « L'application de la coutume kanak par le juge judiciaire à l'épreuve des droits de l'homme ». *Op. cit.* p. 254

[2] GOODALE, Mark et Sally Engle MERRY. *The Practice of Human Rights: Tracking Law between the Global and the Local*. Cambridge : Cambridge University Press, 2007.

[3] CLOUD, Leslie, Veronica GONZALEZ, et Laurent LACROIX. « Catégories, nominations et droits liés à l'autochtonie en Amérique latine. Variations historiques et enjeux actuels » *Peuples autochtones dans le monde. Les enjeux de la reconnaissance*. Paris : L'Hamattan, 2013, p. 41-74.

réprimer les délits commis par leurs membres », à l'article 9. En d'autres termes, cette reconnaissance s'étend également à la matière pénale, ce qui n'est pas le cas en Nouvelle-Calédonie. Les ratifications de la convention font partie d'un mouvement plus large en Amérique latine, de réformes constitutionnelles ou de rédaction de nouvelles constitutions, qui accèdent aux revendications de reconnaissance de droits spécifiques pour les peuples autochtones[1]. Douze pays concernés[2] se retrouvent sur le caractère « pluriethnique » ou « pluriculturel » de leurs États, la nature collective des droits des peuples reconnus aux autochtones, la reconnaissance de droits coutumiers et d'un droit à la terre et aux ressources naturelles[3]. L'Amérique latine connaît alors selon certains auteurs, « depuis trois décennies, des innovations juridiques remarquables pour faire des droits de l'homme le pivot de la régulation des rapports État/individus et donner, ainsi, une consistance à la notion d'État de droit démocratique et social au cœur de ce nouveau modèle constitutionnel »[4].

Odina Sturzenegger-Benoist relève pourtant le paradoxe du caractère collectif des droits autochtones, et de sa difficile articulation avec les droits fondamentaux pensés pour les individus alors même que les réflexions concernant la situation des groupes autochtones amérindiens sont menées au sein des mêmes forums internationaux qui ont diffusé le discours sur les droits de l'homme[5]. En effet, l'affirmation de la différence ouvre pour les peuples autochtones la possibilité de revendiquer l'égalité au sein d'États représentatifs d'une population majoritaire. De plus, tous les États n'ont pas traduit de la même manière les obligations internationales auxquelles ils ont souscrit, et qu'ils ont inscrites dans leurs Constitutions. Par exemple, le Brésil, le Mexique, et le Pérou ont à des degrés divers, et pour des raisons variables, opéré une relative mise à distance de la Convention 169 ; tandis que la Colombie a eu une approche plus enthousiaste en proclamant un État pluriethnique ; quand la

---

[1] STURZENEGGER-BENOIST, Odina. « Harmoniser nouveaux droits amérindiens et droits de l'homme », *Nuevo Mundo Mundos Nuevos. Nouveaux mondes nouveaux - Novo Mundo Mundos Novos - New world New worlds*. 31 mars 2011.

[2] Panama, Nicaragua, Brésil, Colombie, Mexique, Guatemala, Paraguay, Pérou, Argentine, Bolivie, Équateur et Venezuela). Et le Chili, par la promulgation d'une « loi indigène », en marge d'une réforme constitutionnelle. Voir *Ibid.*

[3] CLAVERO, Bartolomé. « Derechos Indígenas y Constituciones Latinoamericanas » *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Bilbao : Publicaciones de la Universidad de Deusto, 2006, p. 313-338.

[4] ORTIZ, Laure. « L'Amérique latine, l'éveil juridique d'un continent ? », *L'Ordinaire des Amériques*. 10 décembre 2016 No. 221.

[5] STURZENEGGER-BENOIST, Odina. « Harmoniser nouveaux droits amérindiens et droits de l'homme ». *Op. cit.*

Bolivie et l'Équateur déclarent l'échelon supérieur de la reconnaissance, à savoir un État plurinational[1]. Ces reconnaissances constitutionnelles inégales sont complétées, en matière de reconnaissance d'une justice autochtone, par une articulation de cette dernière avec les droits fondamentaux.

L'une des problématiques de la constitutionnalisation des droits autochtones a été de définir la juridiction des justices autochtones, notamment en ce qui concernait certaines sanctions appliquées par les modes de justice autochtones — en dépit de l'article 9 de l'OIT. Délimiter le périmètre de cette justice revenait à délimiter l'autonomie des communautés en question, et à les positionner dans une certaine hiérarchie des normes nationale et internationale. L'harmonisation des cadres constitutionnels des différents pays d'Amérique latine ne s'est pas faite sans heurt, et elle s'est négociée cas après cas, avec des tendances plus ou moins émancipatrices selon les pays[2].

b) La Bolivie : une articulation législative

La Bolivie s'est attelée à la tâche sur le registre législatif, avec la loi sur la délimitation des juridictions en 2010 (*Ley de Deslinde Jurisdiccional*), de manière à coordonner les juridictions (autochtones et étatiques) et en réservant la protection des droits fondamentaux et des droits des femmes, aux juridictions étatiques. « Although this law does not prohibit spontaneous forms of collaboration between state and indigenous justice providers, its rhetoric seems to assume two separate spheres of dispute processing, and it certainly does not require joint decision-making. »[3]

Ana Cecilia Arteaga observe dans le cas plus particulier du droit des femmes, que celui-ci a été à la fois un axe transversal et innovateur dans la constitutionnalisation de l'autonomie des juridictions autochtones, tout en étant également un moyen de limiter l'autonomie de ces

[1] TRUFFIN, Barbara. « Le pluralisme juridique en question(s) : le cas des droits autochtones en Amérique latine » in M.-C. FOBLETS et Nadjma YASSARI (éd.). *Approches juridiques de la diversité culturelle*. Leiden/Boston : Martinus Nijhof Publishers, 2013, p. 287-409.

[2] SIERRA, Maria Teresa et Rebecca LEMOS IGREJA. « Néocolonialisme et justiciabilité des droits des peuples indiens. Introduction », *Cahiers des Amériques latines*. 2020, vol.1 No. 94. p. 23-38.

[3] CORRADI, Giselle. « Indigenous Justice and the Right to a Fair Trial » in Giselle CORRADI, Eva BREMS et Mark GOODALE (eds.). *Human Rights encounter legal pluralism: normative and empirical approaches*. Oxford: Hart Publishing, 2017, p. 116.

dernières[1]. Il a par exemple été interprété à partir de l'article 10 de la loi sur la délimitation des juridictions, que les violences de genre ne pouvaient pas être traitées par les juridictions autochtones, mais uniquement par les juridictions étatiques. A.C. Arteaga estime qu'il s'agit là d'une limitation de la possibilité pour les femmes appartenant à des communautés autochtones de « vernaculariser » les droits fondamentaux, ce qui les prive d'espaces au sein de leurs communautés pour renégocier les dynamiques de genre au prisme de leurs propres références. Les juridictions étatiques vont par exemple demander, à la suite de violences conjugales, des requêtes écrites que les femmes autochtones ne vont bien souvent pas être en mesure de présenter. L'immixtion de l'État dans les dynamiques juridiques communautaires a, selon cette auteure, des effets délétères en imposant des exigences difficiles à respecter, reproduisant alors de nouvelles exclusions. L'auteure tient cependant à souligner que la justice étatique a pourtant servi à de nombreuses reprises comme arène de négociation alternative aux femmes autochtones quand celles-ci n'étaient pas entendues au sein des arènes autochtones. Le problème réside pour l'auteure dans l'absence de coopération entre les juridictions étatiques et les juridictions autochtones, sur la base de présupposées néocoloniaux permettant aux juridictions étatiques de se positionner comme seules garantes des droits fondamentaux. Ce sont ces conflits de coordination qui entravent l'accès à la justice des populations autochtones et reproduisent un « racisme institutionnel et judiciaire »[2]. En dépit d'une formalisation assumée et claire des différents ordres juridiques, la restriction de certains domaines de compétence des juridictions autochtones, au profit des juridictions étatiques, restreint la possibilité pour les autorités autochtones de s'emparer frontalement de la question de la protection des droits des femmes[3].

c) L'Équateur : une articulation jurisprudentielle

En Équateur, en dépit de textes constitutionnels très émancipateurs à l'égard des populations autochtones, la Cour constitutionnelle a également fait le choix dans sa jurisprudence de soumettre les juridictions autochtones aux juridictions étatiques[4]. Antônio Carlos Wolkmer et

---

[1] ARTEAGA BÖHRT, Ana Cecilia. « Justicia y derechos de género en Oruro, Bolivia », *Cahiers des Amériques latines*. 29 décembre 2020, vol.1 No. 94. p. 119.

[2] SIEDER, Rachel. *Exigiendo justicia y seguridad Mujeres indígenas y pluralidades legales en América Latina*. Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropologia Social (CIESAS). México: Publicaciones de la Casa Chata, 2017.

[3] ARTEAGA BÖHRT, Ana Cecilia. « Justicia y derechos de género en Oruro, Bolivia ». *Op. cit.*

[4] SARANGO, Luis Fernando. « El estado plurinacional y la sociedad intercultural: Una visión desde el Ecuador », *Revista Direito e Práxis*. 2016, vol.7 No. 13. p. 636-658.

Efendy Maldonado ont commenté les arrêts relatifs à l'affaire Cocha II, en 2010[1], et estiment que la décision est le reflet d'un net recul des droits autochtones[2].

Si l'on résume les faits, une dispute lors d'une fête de village débouche sur un meurtre. Cinq jeunes sont interpellés, arrêtées et jugées pour le crime, par l'assemblée générale, selon les coutumes autochtones. Les peines encourues étaient les mêmes que pour un cas précédent, en 2002 (voir note de bas de page). Une médiatisation importante de l'affaire a néanmoins contribué à rendre une image alarmiste et péjorative des peines préconisées. Les autorités étatiques sont intervenues plus rapidement cette fois-ci en qualifiant les peines de mauvais traitements et de tortures. Les autorités autochtones ont été arrêtées et inculpées en raison des accusations de séquestration et de mauvais traitements[3].

La Cour constitutionnelle a jugé que les juridictions autochtones ne pouvaient s'emparer des crimes contre la personne, et plus particulièrement des homicides, confirmant par là une pyramide des normes concernant le droit pénal, dans laquelle les juridictions autochtones ne sont pas autonomes[4]. Pourtant la constitution équatorienne n'établit pas de restriction claire à

[1] L'affaire de la Cocha II est précédée par une affaire similaire en tous points, mais traitée de manière très différente. Si je résume les faits de la première affaire, il s'agit du meurtre d'un homme âgé par trois jeunes autochtones, en 2002, dans le village de la Cocha. Ceux-ci ont été identifiés et jugés selon les principes appliqués par le tribunal de l'Assemblée communautaire, composé d'environ 5000 personnes et appliquant le droit coutumier local. Ils ont été reconnus coupable et ont été condamnés à des peines allant de la demande d'excuse à l'indemnisation de la veuve de la victime, en passant par la flagellation (treize coups de fouets chacun) et des rituels de purifications (feuilles d'orties et bains d'eau froide), avant d'être bannis de la communauté. Le juge de première instance a reconnu la compétence et les sentences de la juridiction autochtone dans ce cas d'homicide, alors que le principe de plurinationalité n'était pas encore très institutionnalisé. Il appelle dans son jugement au respect de la juridiction autochtone et au principe du *non bis in idem* (« nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement à raison des mêmes faits »). Le Parquet ayant eu vent de l'affaire l'a reprise en main et poursuivi les auteurs pour meurtre, au sein des juridictions étatiques, après avoir obtenu l'annulation de la sentence de première instance. Le crime a finalement été prescrit. A.C. Wolkmer et E.E. Maldonado Bravo estiment que la raison est « soit du fait de la force symbolique de l'organisation indigène, soit par l'inertie du système judiciaire étatique », ce qui les amène à observer un paradoxe, puisque la justice autochtone a été efficace et rapide, tandis que la justice étatique s'est montrée lente et inefficace. WOLKMER, Antonio Carlos et Efendy Emiliano MALDONADO BRAVO. « Pluralisme juridique face au constitutionnalisme latino-américain : domination et colonialité », *Cahiers des Amériques latines*. traduit par Wanda CAPELLER. 29 décembre 2020, vol.1 No. 94. p. 39-55.

[2] *Ibid.*

[3] LLASAG FERNANDEZ, Raúl, Karina TELLO TORAL, et Alex ZAPATA CARPIO. « Interpretación intercultural de la justicia indígena en la Corte Constitucional del Ecuador », *Cahiers des Amériques latines*. 29 décembre 2020, vol.1 No. 94. p. 157-174.

[4] *Ibid.*

la compétence des juridictions autochtones[1]. Ceci permet à A. C. Wolkmer et E. Maldonado d'affirmer que la Cour constitutionnelle viole des normes constitutionnelles puisque les juridictions autochtones ont respecté la procédure en vigueur :

> « L'appartenance de la victime et des auteurs du crime à un peuple indigène (en l'occurrence le peuple panzaleo de la nation kichwa) ; la réalisation de l'acte criminel à l'intérieur du territoire indigène (La Cocha) ; le jugement du crime selon les traditions et procédures du droit indigène ; la reconnaissance de la compétence des juges par les parties ; la soumission aux règles des autorités communautaires ; la garantie du droit à la défense et de la participation des femmes aux décisions. »[2]

L'articulation implicite entre juridictions autochtones et juridictions étatiques, notamment quand il s'agit de prendre en compte des droits fondamentaux, ne garantit ainsi aucunement l'autonomie effective des juridictions autochtones. Dans le cas décrit plus haut, elle permet même à la Cour constitutionnelle équatorienne de revenir sur des acquis constitutionnels.

d) La Colombie : le choix du multiculturalisme et l'autonomie des juridictions autochtones

À l'instar de l'Équateur, et contrairement à la Bolivie, La Colombie ne s'est pas dotée d'une législation qui définirait clairement la portée de l'autonomie des juridictions autochtones et de leurs relations avec les juridictions étatiques. L'article 246 de la Constitution colombienne définit ainsi que

> « La Constitution autorise les autorités des peuples indigènes à exercer des fonctions juridictionnelles à l'intérieur de leur ressort territorial, en conformité avec leurs propres normes et procédures, toutes les fois qu'elles ne seront pas en contradiction avec la constitution et la loi. Par ailleurs, la régulation des formes de coordination de cette juridiction avec le système de justice national est une obligation qui repose sur le législateur. »

Par ailleurs, elle consacre le multiculturalisme qui imprègne la société colombienne[3]. L'application de cet article est principalement le fait de la Cour constitutionnelle colombienne à travers plusieurs cas emblématiques impliquant des sanctions autochtones, et par conséquent

---

[1] TRUFFIN, Barbara. « Droits autochtones amazoniens et droit officiel équatorien : une opposition culturelle ? Le cas des Runa et des Shiwiars », *Civilisations*. 2006 No. 55. p. 143-162.

[2] WOLKMER, Antonio Carlos et Efendy Emiliano MALDONADO BRAVO. « Pluralisme juridique face au constitutionnalisme latino-américain ». *Op. cit.*

[3] La Colombie concentre 102 communautés autochtones représentant plus de 3 % de la population totale. Voir JIMÉNEZ, Diego Mauricio Higuera. « Multiculturalismo y pluralismo en el constitucionalismo colombiano: el caso de la reinterpretación del mito en el diálogo intercultural u'wa* », *Via iuris*. 2018 No. 25. p. 1-43.

une certaine interprétation de la protection de droits fondamentaux (procès équitable, interdiction de torture et d'esclavage, respect de la vie)[1].

Elle a par exemple estimé que le « *cepo* », « un dispositif colonial qui entrave le condamné et l'expose aux yeux de la communauté », était une sanction prévisible au sein de la communauté qui l'avait mis en pratique[2]. De même, le droit à la défense a été accepté sous plusieurs formes, n'incluant pas nécessairement la présence d'un avocat[3]. De manière générale, plusieurs affaires ont réévalué le principe de la légalité à l'aune des spécificités des organisations sociales et politiques, ainsi que des caractéristiques de l'ordre juridique des communautés autochtones concernées[4], très souvent à l'aide d'expertises anthropologiques[5].

Des travaux plus récents ont noté une limitation des droits octroyés par des Cours constitutionnelles moins progressistes. Viviane Weitzner, entre autres, montre qu'en dépit d'un cadre législatif avant-gardiste et de décisions émancipatrices de la Cour constitutionnelle, la mise en pratique de ces principes ne suit pas. Cela est dû principalement au conflit armé interne qui a secoué le pays, ainsi qu'au manque de volonté politique[6]. V. Weitzner perçoit et conceptualise à partir de son terrain l'idée d'un droit non étatique, droit « brut » ou « raw law », qui se construit dans les interactions entre les acteurs armés et hors la loi, les peuples autochtones (les Embera Chamí dans ce cas) qui exercent leur propre droit, sur leurs terres et exploitations minières « ancestrales », et l'État, qui criminalise l'exploitation minière de ces

[1] SÁNCHEZ BOTERO, Esther. « La realización del pluralismo jurídico de tipo igualitario en Colombia », *Nueva Antropología. Revista de Ciencias Sociales Derechos indígenas en América Latina hacia el siglo XXI*. 2009, vol.22 No. 71. p. 31-49.

[2] TRUFFIN, Barbara. « Le pluralisme juridique en question(s) ». *Op. cit.* p. 385-386

[3] Voir par exemple l'affaire T-549/07 du 19 juillet 2007. Cité dans *Ibid.* p. 386 note 219

[4] TRUFFIN, Barbara. « Le pluralisme juridique en question(s) ». *Op. cit.* ; JIMÉNEZ, Diego Mauricio Higuera. « Multiculturalismo y pluralismo en el constitucionalismo colombiano ». *Op. cit.* ; PARRA, Johan Lozano, Sergio Caballero PALOMINO, Katerin Cruz CADENA, et al. « El estado multicultural y los pueblos indígenas: construcción del marco jurisprudencial a partir de la acción de la corte constitucional colombiana », *Advocatus*. 26 mai 2021 No. 36.

[5] LOPERENA, Christopher, Mariana MORA, et R. Aída HERNÁNDEZ-CASTILLO. « Cultural Expertise? Anthropologist as Witness in Defense of Indigenous and Afro-Descendant Rights », *American Anthropologist*. 2020, vol.122 No. 3. p. 588-594.

[6] WEITZNER, Viviane. « Alchemy in un mundo al revés: Gold, "Raw Law" and Indigenous Law in Colombia's armed conflict », *Cahiers des Amériques latines*. 29 Décembre 2020, vol.1 No. 94. p. 135-156.

derniers, et impose des formalisations juridiques unilatérales[1]. Il existe des points de frictions importants entre les Embera Chamí et l'État. En effet, les Embera Chamí revendiquent l'exploitation de leurs ressources naturelles, considérée comme des pratiques criminelles par l'État. À l'inverse, l'État manquerait à ses engagements constitutionnels sur le plan des droits fondamentaux internationaux selon les Embera Chamí ; tandis qu'opère cette « raw law » des acteurs armés, parachevant ces espaces complexes d'interlégalité[2] décrits par V. Weitzner[3]. Ici, la mise en œuvre d'une articulation relativement égalitaire entre les différents ordres normatifs est empêchée par l'instabilité du pays, secoué par de violents conflits armés.

***

Ces quelques exemples permettent de montrer que l'articulation entre différents ordres normatifs, y compris les droits fondamentaux, n'est pas chose aisée. Les souverainetés autochtones se négocient pourtant en partie dans cette articulation. Celle-ci est également tributaire des possibilités pour les populations autochtones de « vernaculariser » le langage des droits fondamentaux, comme l'ont montré plusieurs auteurs, dans le domaine de la prévention de violences faites aux femmes[4] par exemple, ou bien encore, en matière de protection de minorités sexuelles[5]. Ce qui est sûr, c'est que les possibilités de « vernacularisation » sont restreintes quand les professionnels du droit ne s'emparent pas des droits fondamentaux

[1] WEITZNER, Viviane. « Between panic and hope: Indigenous peoples, gold, violence(s) and FPIC in Colombia, through the lens of time », *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*. Janvier 2019, vol.51 No. 1. p. 3-28.

[2] DE SOUSA SANTOS, Boaventura. *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization, and Emancipation*. Cambridge : Cambridge University Press, 2002.

[3] WEITZNER, Viviane. « 'Nosotros Somos Estado': contested legalities in decision-making about extractives affecting ancestral territories in Colombia », *Third World Quarterly*. Mai 2017, vol.38 No. 5. p. 1198-1214.

[4] CHENG, Sealing. « The Paradox of Vernacularization: Women's Human Rights and the Gendering of Nationhood », *Anthropological Quarterly*. 2011, vol.84 No. 2. p. 475-505.; CASTILLO, R. Aída Hernández. *Multiple InJustices: Indigenous Women, Law, and Political Struggle in Latin America*. Tucson: University of Arizona Press, 2016.; SIEDER, Rachel et Anna BARRERA. « Women and Legal Pluralism: Lessons from Indigenous Governance Systems in the Andes », *Journal of Latin American Studies*. 2017, vol.49 No. 03. p. 1-26.

[5] CHUA, Lynette J. « The Vernacular Mobilization of Human Rights in Myanmar's Sexual Orientation and Gender Identity Movement: Vernacular Mobilization of Human Rights », *Law & Society Review*. juin 2015, vol.49 No. 2. p. 299-332.; BARKER, Joanne (ed.). *Critically sovereign: indigenous gender, sexuality, and feminist studies*. Durham; Londres: Duke University Press, 2017.; CHUA, Lynette J. « Human Rights Activism, Sexuality, and Gender » in Marie-Claire FOBLETS, Mark GOODALE, Maria SAPIGNOLI, et al. (eds.). *The Oxford Handbook of Law and Anthropology*. Oxford: Oxford University Press, 2021.

frontalement. La négociation autour de cette articulation est alors dissimulée et remplacée par une illusion d'autonomie et de souveraineté. Ceci se vérifie en partie dans le travail que j'ai mené auprès des juridictions coutumières en Nouvelle-Calédonie, comme nous allons le voir dans la deuxième partie de cette thèse.

Deuxième partie

Le droit coutumier à l’épreuve des droits fondamentaux ?

IV - La difficile intégration des droits fondamentaux dans le droit coutumier

« La coutume ça se vit. »[1]

Cette partie de la thèse s'attache à étudier le raisonnement juridique des magistrats au sein des chambres coutumières. L'approche ethnographique des juridictions coutumières permet de montrer qu'à chaque nouveau cas, une épreuve coutumière se joue pour les professionnels du droit. En d'autres mots, je cherche à comprendre comment les professionnels du droit sont mis à l'épreuve par la coutume, dans leur raisonnement juridique routinier. Ceux-ci sont par ailleurs soumis à des contraintes juridiques, notamment en termes de procédure, qui mettent elles-mêmes la coutume à l'épreuve. Les épreuves mutuelles entre droit et coutume et la manière dont les professionnels du droit les surmontent, ou les résolvent, génère un alliage mêlant l'application de règles de fond (applicables aux affaires, et dégagées par les précédents) et la contrainte du cadre normatif et procédural plus large. B. Dupret écrit que « le phénomène 'droit' est identique à la paire indissociable instructions / suivi des instruction »[2]. Il montre ainsi que « faire du droit » revient à combiner fond et procédure.

> « Le droit est un accomplissement pratique qui est fait de dispositions formelles et du suivi de ces dispositions, les premières fournissant un ensemble désengagé de règles, les secondes étant la pratique de recherche de clarté, cohérence, vérité et correction du droit. Les deux – dispositions formelles et pratiques de mise en œuvre des dispositions – fonctionnent de manière réflexive, indissociable, inextricablement liée. »[3]

Le travail de « suivre les instructions » est ainsi indubitablement lié à « l'instruction elle-même ». Dans le cas plus précis des tribunaux coutumiers, l'alliage entre règles de procédures et règles de fond (« coutume ») produit, à travers le passage d'épreuves, un droit coutumier. Dans le cadre des juridictions coutumières, les règles de fond dépendent théoriquement exclusivement de la parole des assesseurs coutumiers, tandis qu'il n'existe pas au départ à proprement parler de procédure (comment « suivre les instructions »). L'un des magistrats coutumiers, rencontré en 2016 affirmait à l'époque :

---

[1] Entretien informel avec un magistrat coutumier, TPI de Nouméa, 10 août 2016

[2] DUPRET, Baudouin. « Droit et sciences sociales. Pour une respécification praxéologique ». *Op. cit.* p. 320

[3] *Ibid.*

> « L'angle mort du droit coutumier a été pendant longtemps – est encore dans une certaine mesure – la procédure. La coutume ne réglemente pas la procédure à part quand il existe des chemins coutumiers ; mais dans ce cas la coutume reste la coutume et ne devient pas du droit coutumier. La procédure reste donc complètement civile. »[1]

La citation illustre bien une forme d'hybridation à l'œuvre dans le travail des professionnels du droit des juridictions coutumières. Elle est également représentative de la difficulté pour les juridictions de prendre en charge la coutume. De surcroit B. Dupret donne aussi des indices sur la manière dont les professionnels du droit hésitent quand il s'agit de suivre les instructions : le fond et la forme sont bien « indissociables » et « inextricablement liés »[2]. Les chambres coutumières ont déjà abattu un travail considérable de mise en forme de règles coutumières, dans un effort pour systématiser l'application de la coutume dans les prises de décision. Au cours des observations d'audiences coutumières, deux mécanismes d'appel à la coutume, sont mobilisés de manière récurrente pour décider de la marche à suivre dans les affaires traitées, notamment la vérification de la réalisation d'un préalable coutumier, qui englobe un certain nombre de démarches comme le fait d'avoir effectué des « gestes coutumiers », et / ou la présentation d'un acte coutumier.

B. Trépied a repéré un « cadre coutumier » récurrent dans le traitement des affaires familiales, le contentieux majoritairement traité par les juridictions coutumières (voir chapitre II). Ce cadre s'appuie essentiellement sur quatre éléments : l'affiliation clanique, le « geste coutumier », la reconnaissance parentale et l'attribution du nom de famille[3]. Il transparaît également dans mes observations et j'englobe l'ensemble des vérifications qu'il suppose dans l'expression « préalable coutumier ». Ainsi, l'affiliation clanique des enfants est examinée au sein du tribunal, par la vérification de la réalisation d'un « geste coutumier » avant l'audience, qui détermine la reconnaissance parentale et le nom de famille de l'enfant, selon le raisonnement juridique classique des juridictions coutumières. L'expression « geste coutumier » ou parfois simplement « geste » désigne un don offert à quelqu'un pour formuler une demande[4]. Dans le cadre du tribunal coutumier, ce « geste » fait référence à l'effort fait par

---

[1] Entretien informel avec un magistrat coutumier, TPI de Nouméa, 11 août 2016

[2] DUPRET, Baudouin. « Droit et sciences sociales. Pour une respécification praxéologique ». *Op. cit.* p. 320

[3] TREPIED, Benoît. « "Vous avez oublié que vous êtes Kanak !" La justice coutumière face aux nouvelles relations familiales kanak », p. 200.

[4] *Ibid.* p. 199

des parents, en particulier ceux qui ne sont pas mariés coutumièrement, pour associer leurs clans.

> « Pour les couples mariés coutumièrement, la paternité du mari sur les enfants est acquise d'office par les liens du mariage et l'alliance entre les clans. (…) [P]our les parents non mariés souhaitant associer leur clan – ce qui correspond aux situations les plus fréquentes de nos jours –, deux alternatives sont possibles. S'ils prévoient à terme de se marier (soit la configuration la plus valorisée socialement), le père, accompagné de son clan, présente trois gestes coutumiers au clan maternel : le premier pour « demander pardon » (selon le français local) d'avoir eu des relations sexuelles en dehors de toute alliance légitimée par les clans, le second pour demander à « prendre l'enfant », et le troisième pour « réserver la femme ». Si le père n'envisage pas d'épouser la mère, le clan paternel ne présente que les deux premiers gestes (pour « demander pardon » et « prendre l'enfant ») au clan maternel. »[1]

Le clan maternel peut, dans ce dernier cas, refuser la demande[2], comme discuté en détail plus bas.

Une autre manière de déterminer la suite d'une affaire est de faire appel aux « actes coutumiers »[3]. L'acte coutumier est l'élément central dans l'établissement d'un accord entre clans. Il est rédigé par un officier public coutumier (OPC)[4]. L'OPC joue ainsi le rôle d'un notaire en ce qu'il garantit la sincérité des événements et décisions qu'il retranscrit[5]. C'est le moyen de passer de l'oral à l'écrit et de formaliser le contenu des décisions prises par les clans dans le cadre des palabres[6].

---

[1] TRÉPIED, Benoît. « Le sang, le nom, la coutume. Controverses judiciaires sur la paternité kanak en Nouvelle-Calédonie », *Ethnologie française*. 2018, vol.169 No. 1. p. 65.

[2] TREPIED, Benoît. « "Vous avez oublié que vous êtes Kanak !" La justice coutumière face aux nouvelles relations familiales kanak ». *Op. cit.* p. 202-207.

[3] Loi du pays n° 2006-15 du 15 janvier 2007 relative aux actes coutumiers. *JONC* du 30 janvier 2007 p. 647.

[4] Ce corps professionnel a été créé par la délibération n° 339 du 13 décembre 2007, *JONC* du 25 décembre 2007, p. 8584.

Leur principale fonction est de formaliser par écrit le contenu des décisions prises par les clans dans le cadre de leurs négociations internes ou « palabres ». Ces officiers publics sont recrutés sur concours et formés quatre mois à l'Institut de formation à l'administration publique (IFAP). Une des épreuves porte sur l'organisation de la société et des institutions kanak, ce qui explique probablement que la majorité de ce corps professionnel soit composé de Kanak. Pourtant, la fiche de ne mentionne pas l'obligation d'être de statut coutumier pour candidater. D'après un entretien que j'ai pu mener avec le directeur de la DGRAC, ce n'est effectivement pas le cas. (Entretien avec Louis Waia, Directeur de la gestion et de la règlementation des affaires coutumières (DGRAC), Nouméa, 4 juillet 2017.)

[5] HALPERIN, Jean-Louis. « Entre droit coutumier et droit civil ». *Op. cit.*

[6] Le palabre est une décision prise collectivement à une résolution d'une assemblée délibérante.

Le « cadre coutumier » présenté ici, en ce qu'il consiste en la vérification d'un préalable coutumier, relève d'ores et déjà d'une formalisation juridique, qui fait fi des nuances de la réalité sociale. Il s'appuie sur la fiction que tous les justiciables de statut coutumier vivement pleinement dans la coutume, ce qui a pu amener des chercheurs à déceler une certaine essentialisation des pratiques kanak par les juridictions coutumières[1]. Mes recherches ne portent pas sur la réalité sociale en tant que telle, mais bien sur le raisonnement juridique des professionnels du droit, et la manière dont ceux-ci sélectionnent et appliquent les règles coutumières. Au fond, la notion de « cadre coutumier » fait intégralement partie de la « fabrique du droit coutumier ». Elle fait partie des épreuves coutumières mises en œuvre par les juridictions pour prendre leurs décisions et indique l'indissociabilité entre fond (coutume) et forme (cadre). Cependant, comme indiqué au chapitre II, si le travail de B. Trépied porte sur la société kanak d'un point de vue historique et anthropologique, mon travail porte avant tout sur les professionnels du droit et leur raisonnement juridique[2]. Nos observations sont proches mais nos objets de recherche sont différents.

L'étude d'un échantillon de cas tirés de mes observations permet de mettre en lumière comment les instructions suivies par les professionnels du droit sont déterminées (« quelle règle ? »), ainsi que la manière dont celles-ci sont suivies (cadre ou procédure), les deux opérations s'influençant mutuellement. Étudier la manière dont les professionnels du droit

---

[1] AGNIEL, Guy. « Statut coutumier kanak et juridiction de droit commun en Nouvelle-Calédonie », *Revue ASPECTS*. 2008 No. 3. p. 81-96. ; DEMMER, Christine et Benoît TREPIED (éd.). *La coutume kanak dans l'État*. *Op. cit.*

[2] L'enjeu des recherches de B. Trépied au sein des juridictions coutumières a été de montrer que le « cadre coutumier » que celles-ci ont mis en place était réducteur et peu fidèle aux réalités sociales observées par les anthropologues depuis des années. En relation avec le « geste coutumier discuté ici, il affirme par exemple ce qui suit :

« En effet, si la plupart des Kanak considère comme indispensable la réalisation par le père d'un « geste coutumier » auprès des frères de la mère (et personne d'autre) dans les jours qui suivent la naissance d'un enfant (qu'il soit né hors mariage ou dans le cadre du mariage), ce n'est pas, ou pas principalement, pour des raisons d'affiliation clanique et d'attribution de nom. C'est avant tout parce que les oncles utérins sont crédités d'un grand pouvoir sur la santé de leurs neveux, en tant que donateurs symboliques du sang maternel qui coule dans leurs veines, et qu'il convient donc de solliciter leur soutien et leur protection, dans l'intérêt vital des neveux (Bensa, 1990 ; Salomon, 1998). Il ne s'agit pas de la même démarche que la demande du père visant à inscrire l'enfant dans sa lignée clanique et à lui transmettre son nom. Celle-ci n'est d'ailleurs pas spécifiquement adressée aux oncles utérins ; dans les faits, au sein du clan maternel, le récipiendaire de cette demande se trouve être, le plus souvent, le père de la mère. En outre, alors qu'il est quasiment impensable que des oncles utérins refusent d'octroyer leur « bénédiction » à leurs neveux nouveau-nés, la question du rattachement patronymique et lignager suscite en revanche des conflits beaucoup plus fréquents, généralement entre le père de l'enfant et le grand-père maternel. » TREPIED, Benoît. « "Vous avez oublié que vous êtes Kanak !" La justice coutumière face aux nouvelles relations familiales kanak ». *Op. cit.* p. 201

assemblent la substance des règles et la procédure, permet de s'arrêter sur les épreuves qu'ils rencontrent dans la réalisation de cet assemblage, épreuves dont la résolution cumulée produit dans la durée le droit coutumier.

Dans un souci d'anonymat et de clarté les cas évoqués seront classés en deux catégories, ceux ayant été observés au TPI de Nouméa (N1, N2, …) et ceux traités dans les sections détachées et lors des audiences foraines (K1, K2…). Les cas sont présentés en fonction de leur pertinence thématique, et non chronologiquement. Dans la première série de cas présentés, le raisonnement juridique est déterminé par la vérification de l'accomplissement du « geste coutumier » dans la gestion des enfants, après la séparation de couples qui n'étaient pas mariés (A). Dans une deuxième série de cas, le tribunal conditionne ses décisions à la production d'un acte coutumier par les justiciables, avec toutes les difficultés et les délais que cela peut entraîner (B). Enfin une dernière série de cas laisse entrevoir une plus grande flexibilité des tribunaux coutumiers vis-à-vis des règles coutumières habituelles, présentées dans les deux premières parties, révélant la marge de manœuvre dont disposent les professionnels du droit dans la manière dont ils surmontent les épreuves qui se présentent à eux dans les cas inhabituels, et qui sont la partie visible de la production du droit coutumier (C).

A - La vérification de la bonne exécution d'un préalable coutumier

« On applique la procédure civile ; le fond est coutumier. »[1]

Dans cette section, je restitue une série de cas observés, caractéristiques d'une certaine routine des tribunaux coutumiers dans la prise en charge des enfants. Les réactions des magistrats et des assesseurs coutumiers sont relativement constantes, y compris en cas de vécus difficiles pour les justiciables. Je m'attache ici à présenter des cas qui montrent des raisonnements juridiques relativement classiques de la part des magistrats et des assesseurs coutumiers. D'une part, des cas où la règle (l'obtention d'une autorisation) est parfaitement respectée et ne pose aucun problème (a) ; d'autre part des cas très courants de règles non respectées (comme le fait de ne pas présenter de « geste coutumier », voire que celui-ci ait été refusé) (b). Par ailleurs il arrive que dans certains cas plus problématiques, les justiciables remettent en cause le cadre coutumier habituel appliquée par les tribunaux coutumiers (c). Ces premières analyses de cas nous permettront d'identifier un raisonnement juridique assez

[1] Magistrats coutumier, discussion informelle entre deux affaires lors d'une audience, 19 juillet 2016

légaliste de la part des juridictions coutumières qui se reposent beaucoup sur la vérification de ce préalable coutumier dans leur mode de prise de décision (d).

1) Les effets du « geste coutumier » sur les prises en charge des enfants

Les tribunaux coutumiers traitent les affaires touchant à la prise en charge des enfants, à peu de chose près, de la même manière qu'en droit civil[1]. Le collectif Onze, une équipe de sociologues du droit ayant ethnographié systématiquement les tribunaux des affaires familiales en France métropolitaine au début des années 2010 explique qu'il y a quatre aspects principaux à régler lors d'une audience (en droit civil comme en droit coutumier) concernant la prise en charge des enfants[2] : la fixation de l'autorité parentale (relativement souvent conjointe), la résidence des enfants (très souvent chez la mère), le droit de visite[3] et d'hébergement du parent non gardien (souvent accordée de manière « classique » au père) et une pension alimentaire si elle est demandée. Les tribunaux coutumiers obéissent aux même dynamiques, à l'exception de la vérification du préalable coutumier. Les discussions autour de la pension alimentaire sont encore plus systématiquement structurées par la question de savoir s'il y a eu l'exécution préalable du « geste coutumier » par le père (et l'acceptation ou non par la mère et son clan). Les pensions alimentaires sont donc comme dans le droit civil, le sujet de discussions plus épineuses et plus longues dans le cadre de la prise en charge des enfants.

Les justiciables entrent à l'invitation des greffières, qui ont le rôle de gérer le flux des arrivées. Le TPI de Nouméa est celui dont les files d'attente dans les couloirs sont les plus impressionnantes. Ce sont également les greffières qui contrôlent les personnes autorisées à entrer dans la bibliothèque du tribunal (quand les justiciables viennent avec des accompagnants par exemple) puisque les audiences se déroulent toujours à huis clos et que la place ainsi que le nombre de chaises sont tout bonnement limités.

[1] Le même constat est fait par B. Trépied. Voir par exemple TRÉPIED, Benoît. « Urban Kanak Parents on Customary Trial: An Ethnography of the Customary Family Court of Noumea, New Caledonia: Urban Kanak Parents on Customary Trial », *City & Society*. Avril 2016, vol.28 No. 1. p. 99-122.

[2] BESSIERE, Céline, Emilie BILAND, Benoît COQUARD, et al. *Au tribunal des couples*. *Op. cit.* p. 69

[3] En dehors des cas de résidence alternées qui restent encore relativement minoritaires, le parent chez lequel l'enfant ne réside pas habituellement peut bénéficier d'un droit de visite et d'hébergement. En cas de désaccord entre les parents, le juge aux affaires familiales (JAF - ici le tribunal coutumier), peut préciser les fixer l'exercice de ce droit, chez l'un ou l'autre des parents, chez un tiers (famille élargie, etc.) ou dans un « lieu neutre » dédié à cela. Selon l'article 373-2-1 seuls des « motifs graves », déterminés par le JAF, peuvent permettre de faire obstruction à ce droit. Voir la définition du Collectif Onze *Ibid.* p. 272

Dans une écrasante majorité des cas, comme dans la justice civile, c'est la mère qui saisit la justice, le plus souvent pour formaliser un arrangement existant, à l'exception de la pension alimentaire, qui est plus sujette à discussion lors des audiences. Mes observations et mes entretiens avec les magistrats montrent qu'il s'agit quasiment systématiquement de répondre à la demande d'une administration sociale pour débloquer des allocations ou des bourses. Si j'ai remarqué une augmentation flagrante de la présence des avocats entre 2016 et 2019 lors des audiences coutumières, il n'y a que dans les affaires de dissolution du mariage que j'y ai observé un recours quasi systématique. Et pour les affaires ayant trait à l'organisation familiale après une séparation dans un couple non marié, la tendance est que les femmes y ont davantage recours que les hommes[1].

La prise en charge des enfants et les « gestes coutumiers					
	Lieu et date	**Thèmes abordés**	**Invocation de la coutume**	**Présence des avocats**	**Référence**
N1	TPI de Nouméa Juillet 2016	Garde des enfants et pension alimentaire	« Geste coutumier » et « père coutumier »	Non	173
N2	TPI de Nouméa Août 2016	Garde des enfants et pension alimentaire	« Geste coutumier » et pension alimentaire non demandée	Non	177
N3	TPI de Nouméa Août 2017	Autorité parentale, garde de l'enfant et pension alimentaire (pour le père)	Incompatibilité supposée entre le rôle de « père coutumier » et une demande de pension alimentaire »	Non	179

L'affaire N1

Lors de l'affaire N1 par exemple, un père et une mère se présentent sans avocats. La mère a saisi la justice pour fixer la résidence de son enfant chez elle et lui permettre de débloquer des

[1] Ce sont des configurations similaires à celles que l'on peut trouver chez le juge des affaires familiales (JAF) en droit civil. Ces observations confirment également celles faites par B. Trépied entre 2012 et 2016 dans les juridictions coutumières. Voir TREPIED, Benoît. « "Vous avez oublié que vous êtes Kanak !" La justice coutumière face aux nouvelles relations familiales kanak ». *Op. cit.*

allocations et des bourses[1]. Les parents sont séparés depuis plusieurs mois après un concubinage lors duquel ils ont conçu un enfant. La mère précise que la séparation est due à une consommation excessive d'alcool de la part du père. Le père n'est pas très présent dans l'entretien et l'éducation de l'enfant – il n'intervient d'ailleurs quasiment pas pendant toute la durée de l'audience. La mère insiste sur le fait qu'elle ne refuse pas le contact, mais le père n'assume pas ses responsabilités selon elle (*i.e.* il annonce qu'il vient rendre visite à l'enfant, mais ne se présente pas finalement). Comme elle est seule à s'occuper de l'enfant, la mère fait aussi la demande d'une pension alimentaire. La mère n'est pas salariée, elle travaille ponctuellement (mais ne précise pas dans quel domaine), et vit chez ses parents avec son fils.

Le juge remarque que l'enfant porte le nom de famille du père. Il insiste sur l'importance de la régularité des visites pour l'enfant. Cette remarque découle du « cadre coutumier » qui structure le raisonnement des professionnels du droit : si l'enfant porte le patronyme du père, cela veut dire pour le juge, qu'un « geste coutumier » a été réalisé par le père et son clan et accepté par la mère et son clan. L'enfant « appartient » donc au clan du père et celui-ci en a la charge. Si le père indique qu'il a un planning professionnel très prenant, le juge se fait encourageant et moralisateur :

« Ça ne vous déresponsabilise pas de votre rôle de papa, et surtout de père coutumier. »

S'engage alors une longue discussion sur le montant de la pension alimentaire avec le père pour évaluer ses capacités financières. Le père et le juge finissent par tomber d'accord sur un montant, sans que la mère ne soit interrogée dans la discussion. Elle accepte simplement le montant une fois celui-ci fixé.

Les assesseurs coutumiers interviennent une fois le montant de la pension alimentaire fixé, pour clarifier la situation coutumière, en insistant sur le fait que l'enfant est un garçon. L'enfant porte bien le nom du père, un « geste coutumier » a été présenté auprès du clan maternel qui l'a accepté. Les assesseurs coutumiers recommandent de préparer la situation du garçon qui grandit, pour le prendre en charge plus tard.

> « Tant que l'enfant est petit, c'est normal qu'il reste chez sa mère, mais en grandissant il doit prendre sa place dans le clan du papa ».

[1] Il semblerait selon mes observations et les discussions eues avec les juges coutumiers que l'organisme de sécurité sociale calédonien, la CAFAT, demande des attestations de la part du tribunal pour le paiement de certaines allocations. La CAFAT peine également à reconnaître la force juridique des actes coutumiers, et demande un jugement du tribunal en plus.

Le juge appuie ce point-là. Le tribunal veut s'assurer que le père assumera ses responsabilités coutumières. Le juge rappelle qu'« au regard de la coutume, l'enfant a sa place dans le clan paternel ».

Ce cas montre le lien systématique, fait (et vérifié) par le tribunal coutumier entre l'accomplissement d'un « geste coutumier » de la part du père et de son clan, l'acceptation de celui-ci par le clan maternel, qui accorde ce faisant le droit à l'enfant de porter le patronyme du père. Bien que le « geste coutumier » soit quasiment invariablement abordé au cours des audiences, sa nature ou son contenu ne sont jamais expliqués. Les observations d'audiences ne permettent en aucun cas de comprendre en quoi consiste ce « geste » puisqu'il paraît relever d'un savoir commun, connu de tous. En effet, les justiciables ont toujours l'air de savoir de quoi il s'agit. Formellement, cela indique que ce « cadre coutumier » est compris et intégré par les justiciables.

B. Trépied a analysé la généalogie de cette exigence du tribunal. Si l'on s'en tient à un propos synthétique, les magistrats des juridictions coutumières - et notamment R. Lafargue qui a beaucoup écrit sur la « coutume judiciaire » - se seraient appuyés de manière non critique sur une thèse défendue par Maurice Leenhardt – à savoir un déni de l'existence d'une paternité biologique dans la conception kanak de la parenté - qui a suscité des réserves importantes de la part d'anthropologues tels que C. Salomon et M. Naepels qui ont travaillé sur la même aire linguistique. D'autre part, B. Trépied démontre que les magistrats des juridictions coutumières auraient pris au mot, des discours de simplifications de la coutume qui décrit le clan maternel d'un côté comme donnant « le sang et la vie » et de l'autre, le clan paternel qui donne « le nom et le rang »[1]. B. Trépied déduit ainsi que

> « De là à conclure que les Kanak envisagent la paternité en dehors de toute référence aux liens biologiques, il y a un saut manifeste, qui suppose de prendre cette formulation synthétique au pied de la lettre, dans une perspective radicalement culturaliste à la limite de la surinterprétation. »[2]

---

[1] Hamid Mokaddem a également montré comment Jean-Marie Tjibaou avait simplifié certains aspects de la coutume kanak afin d'établir des bases de compréhension communes avec d'autres communautés, notamment au cours de ses études en sciences sociales en France. Voir MOKADDEM, Hamid. « D'un usage kanak des sciences sociales: Jean-Marie Tjibaou lecteur de Maurice Leenhardt » *Terrains et destins de Maurice Leenhardt*. Paris : Éditions de l'École des hautes études en sciences sociales, 2007, p. 139-160.

[2] TREPIED, Benoît. « Le sang, le nom, la coutume ». *Op. cit.* p. 61

Cet appui sur « des théories leenhardtiennes et une lecture « fondamentaliste » de la rhétorique sur le clan maternel comme pourvoyeur du sang et de la vie »[1], est renforcé par des appels à la délibération 3 avril 1967 votée par l'Assemblée territoriale de Nouvelle-Calédonie (notamment son article 35)[2], unique texte réglementaire organisant l'état civil des citoyens de statut particulier, d'ailleurs, toujours en vigueur aujourd'hui[3]. L'analyse de B. Trépied sur les fondements de la conception de la paternité par les juridictions coutumières est que

> « Les magistrats (…) ont une interprétation singulière [de l'article 35 de la délibération n°424 du 3 avril 1967] qui considère que la référence au parent déjà connu est une allusion au clan maternel. Dès lors, tout se tient et la boucle (de l'argumentation circulaire) est bouclée : l'existence de ce dispositif et la façon dont les maternels en usent accréditent l'idée que les Kanak ne conçoivent pas la paternité en des termes biologiques, mais comme une attribution sociale délivrée par le clan maternel. L'article 35 serait la traduction juridique d'un principe fondateur de la coutume kanak. »[4]

Les trois conditions instaurées par les juridictions coutumières (le « geste », son acceptation et le port du patronyme) dirigent le tribunal vers une certaine identification des enjeux, où le père et son clan doivent « faire une place » aux enfants, particulièrement si les enfants sont des garçons, et pourvoir aux besoins de ceux-ci - d'autant que dans une écrasante majorité des cas, la résidence principale de l'enfant est fixée chez la mère, avec un droit de visite et d'hébergement (DVH) « classique »[5] pour le père. L'accomplissement du « geste coutumier » donne au père, le rôle de « père coutumier » selon les professionnels de la juridictions coutumière. Le juge ainsi que les assesseurs coutumiers prennent souvent à cœur de rappeler les devoirs qu'ils attribuent à ce rôle, à savoir principalement subvenir aux besoins des enfants. Bien que le registre du discours soit guidé par la réaffirmation symbolique de la coutume, il est en réalité très proche de mécanismes présents dans le droit civil français relatif à la reproduction de la division des tâches genrée des rôles parentaux[6]. Bien que la prise en charge quotidienne

---

[1] *Ibid.*

[2] Délibération 424 du 3 avril 1967. L'article 35 de ladite délibération précise que « la reconnaissance de l'enfant naturel ne pourra se faire qu'avec le consentement de celui de ses parents déjà connu ».

[3] BIDAUD-GARON, Christine. « L'état civil coutumier ». *Op. cit.*

[4] TREPIED, Benoît. « Le sang, le nom, la coutume ». *Op. cit.* p. 62

[5] Un droit de visite et d'hébergement « classique » consiste généralement à prendre les enfants un week-end sur deux et la moitié des vacances scolaires.

[6] La sociologie de la justice en France a démontré dans plusieurs travaux que le juge aux affaires familiales avait tendance à reproduire une division des tâches genrée entre les parents. Voir « La reconduction d'une division préexistante des rôles parentaux » dans BESSIERE, Céline, Emilie BILAND, Benoît COQUARD, et al. *Au tribunal des couples*. *Op. cit.* p. 173-177

des enfants soit dans une majorité des cas assumée par la mère, le juge et les assesseurs coutumiers, même quand ils constatent des accords, n'hésitent pas à revenir sur le rôle du « père coutumier » pour tenter de lui conserver une place dans l'éducation des enfants – de surcroit quand les enfants sont des garçons comme nous allons le voir. On peut retrouver la même tendance dans les juridictions de droit civil en France[1]. Elle s'explique en partie par la loi du 4 mars 2002[2] qui consacre le principe de coparentalité au nom de « l'intérêt de l'enfant » et de la réécriture subséquente de l'article 373-2 du Code civil :

> « La séparation des parents est sans incidence sur les règles de la dévolution de l'exercice de l'autorité parentale. Chacun des père et mère doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent. »

Il s'agit en France, de l'un des mécanismes mis en place par l'État pour gouverner les populations[3], au moyen de normes comme l'injonction relative à être un « bon parent »[4]. Au sein des juridictions coutumières, cette préoccupation se traduit plus particulièrement par la réaffirmation rituelle symbolique de principes coutumiers, en s'attribuant le rôle de « gardien » de « conservateur » ou de « conservatoire de la coutume ».

L'affaire N2

Le cas N2 illustre également cette tendance. Encore une fois un père et une mère se présentent sans avocats. Ils indiquent qu'ils sont séparés depuis dix ans et que leur enfant a le même âge. L'enfant vit chez la mère et le père lui rend visite régulièrement, une fois par mois. La mère demande à ce que la résidence habituelle de l'enfant soit fixée chez elle pour que cette dernière puisse toucher des allocations familiales (« C'est la CAFAT[5] qui demande… »). Les deux parents sont d'accord pour un droit de visite et d'hébergement libre pour le père, puisqu'ils s'entendent bien et que le père a des horaires de travail irréguliers. Le juge demande à discuter de la pension alimentaire puisqu'une demande apparaît dans le dossier qu'il a en main. La mère semble surprise et indique que c'est une erreur. Elle affirme qu'elle ne veut pas de pension

---

[1] BILAND, Émilie, Sibylle GOLLAC, Hélène OEHMICHEN, et al. « La classe, le genre, le territoire : les inégalités procédurales dans la justice familiale », *Droit et société*. 2020, N° 106 No. 3. p. 547-566.

[2] Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, *JORF* du 5 mars 2002, p. 4161.

[3] FOUCAULT, Michel. *Sécurité, territoire, population*. Paris : Gallimard / Seuil / EHESS, 2004.

[4] MARTIN, Claude. *« Être un bon parent »: une injonction contemporaine*. Rennes : Presses de l'École des hautes études en santé publique, 2014.

[5] Il s'agit de la caisse des allocations familiales et des accidents du travail (CAFAT), qui est le service public chargé de la santé des calédoniens.

alimentaire. Pourtant le juge souligne que l'enfant porte le nom du père, et que celui-ci appartient par conséquent au clan paternel. Le patronyme des enfants permet au juge, comme au cas précédent, de souligner l'appartenance de l'enfant au clan du père. Bien que la question du « geste coutumier » ne soit pas posée explicitement pour le moment, le magistrat déduit que celui-ci a été accompli malgré tout, en raison du patronyme de l'enfant. L'accomplissement, et l'acceptation du « geste coutumier » entraine l'appartenance de l'enfant au clan paternel, ce qui se traduit par le port du patronyme de celui-ci. Ceci a des répercussion directes sur les discussions autour de la pension alimentaire - même si ici, la mère affirme qu'elle n'en fait pas la demande.

Le juge demande quand même au père combien il gagne, quel est le montant de son loyer et combien d'enfants il a à charge (deux avec sa nouvelle concubine, en plus de celui-ci). Après avoir terminé son interrogatoire le juge s'adresse au père :

> « Vous avez le droit de verser quelque chose quand même. Vous êtes devant une chambre coutumière. Vous savez que dans la coutume c'est le papa qui subvient aux besoins de la famille. Pour l'équilibre de l'enfant, c'est important que le papa lui inculque les principes de la coutume. »

Le juge fait la leçon au père et entretient dans son discours un lien systématique entre l'application des principes coutumiers, « vivre dans la coutume » et « l'intérêt de l'enfant » : « Ça fait partie de vos obligations coutumières, même si la maman ne demande rien. » Un assesseur coutumier intervient pour appuyer les propos du juge :

> « L'avenir de l'enfant c'est vous deux. C'est un garçon. Vous l'avez reconnu coutumièrement ? [Le père acquiesce] C'est notre coutume, il faut s'en occuper. »

Les parents acquiescent mais se taisent. L'assesseur coutumier conclut « Bonne chance à vous deux », avant que les justiciables sortent de la salle, toujours aussi silencieux.

Dans le cadre d'une séparation hors mariage coutumier, comme dans ce cas, l'accomplissement d'un geste coutumier est déterminant dans le raisonnements des professionnels du droit de la chambre coutumière. Il s'agit en quelque sorte de rapatrier dans un « cadre coutumier » des justiciables hors des clous[1].

Les malentendus sur les demandes de pension alimentaire ne sont pas rares selon mes observations. Le juge aborde la question que la demande ait été faite par les justiciables (les

[1] TREPIED, Benoît. « "Vous avez oublié que vous êtes Kanak !" La justice coutumière face aux nouvelles relations familiales kanak ». *Op. cit.*

mères surtout), ou non. Il semblerait que le « geste coutumier » fasse du père un « père coutumier » qui doit subvenir aux besoins, notamment matériels, de ses enfants. Le juge n'hésite pas à aller *ultra petita*, c'est-à-dire à aller au-delà des demandes des parties. Il va ainsi à l'encontre de l'observation faite par des sociologues travaillant sur les affaires familiales dans le droit civil, en France, qui estiment que

> « pour autant que l'intérêt de l'enfant soit respecté, les juges aux affaires familiales doivent s'en tenir au seul espace des possibilités ouvert par les demandes des parties. »[1]

Le juge fait part de sa perplexité face à l'absence relativement fréquente de demandes de pension alimentaire aux assesseurs coutumiers :

> « Le juge : Ce n'est pas bien vu quand la maman demande de l'argent à son mari ?
> Assesseur coutumier : Non c'est la honte.
> Le juge : Ça explique pourquoi elles « oublient » quasi systématiquement d'en demander, non ? »[2]

Je n'ai pas les moyens documentaires ou empiriques pour me prononcer sur cette affirmation, mais je peux indiquer que j'ai pu constater au cours de mes observations qu'une grosse partie des demandes de pension alimentaire se font au tribunal, quand la question est (re)posée par le juge. Cette image du « père coutumier » qui ne s'occupe pas quotidiennement des enfants, mais qui serait responsable de leur éducation coutumière et de subvenir à leurs besoins, est tellement ancrée que les demandes sortant du cadre habituel – fussent-elles consensuelles entre les parties – provoquent des résistances de la part du tribunal coutumier.

L'affaire N3

Dans le dossier N3, seul le père se présente à l'audience, ce qui est relativement rare, et remarqué par le juge (« Vous êtes tout seul ? »). Les parents sont séparés depuis 2010. Le père sollicite l'autorité parentale et la résidence habituelle de l'enfant. Il estime que la mère peut rendre visite à l'enfant quand elle veut ou peut puisqu'elle est très prise par son travail. Il demande également une pension alimentaire puisqu'il est seul à s'occuper de l'enfant. Le juge lève la tête à cette dernière demande.

> « Le juge : Vous êtes de statut coutumier, vous en comprenez les conséquences ? L'enfant porte votre nom, donc il appartient à votre clan…

---

[1] BESSIERE, Céline, Emilie BILAND, Benoît COQUARD, et al. *Au tribunal des couples*. *Op. cit.* p. 170

[2] Extrait de carnet de terrain, discussion informelle entre le juge et les assesseurs coutumiers entre deux affaires, audience coutumière, TPI de Nouméa, 10 août 2016

> Le père : ... Donc le truc de la pension alimentaire ça ne marche pas ? Ils ne sont pas très coutumiers chez moi…
> Le juge : Oui mais vous êtes de statut coutumier ! Vous pouvez faire une demande mais … » Le juge ne finit pas sa phrase et secoue la tête.

Le père ne se démonte pas et ajoute qu'il trouve que la mère ne s'occupe pas bien de l'enfant. L'enfant vit chez son père depuis plus d'un an et n'a pas vu sa mère depuis. Le père souligne qu'il fait les démarches principalement pour avoir accès à des bourses et des allocations. Il précise que l'enfant a eu la dengue et les frais médicaux ont été très lourds à porter et qu'il les a assumés seul.

Une fois le justiciable sorti, une assesseure coutumier indique qu'elle connaît la mère. Je m'insère dans la discussion et leur demande s'ils seraient prêts à accorder une pension alimentaire à un père qui a la garde des enfants, surtout si la mère gagne plus, comme ils ont l'air de le supputer dans ce cas.

> « AC10 : C'est possible mais ça serait un peu la honte pour nous les Kanak. Pour [le magistrat X] ça serait négatif.
> AC3 : Même pour [le magistrat Y] ! Mais c'est le deuxième papa qui demande une pension alimentaire depuis mardi … Ça commence ! »

Le juge ne se prononce pas. Je n'insiste pas. Il s'était exclamé à propos d'un autre cas où le père demandait une réévaluation de la pension alimentaire qu'il payait parce que les revenus de la mère avaient augmenté :

> « Le papa abuse un peu ! C'est du droit coutumier quand même ! Ils raisonnent comme en droit commun. Ils ne vont pas au bout du truc quoi. »[1]

Étant donné la mention précise de magistrats précédent ayant siégé à la juridiction coutumière lors de cette conversation, je suppose que cette posture est le résultat de décisions antérieures produites entre autres par le trio de magistrats coutumiers activistes - auxquels font d'ailleurs expressément référence les assesseurs coutumiers (voir chapitre II). Celles-ci relient le « geste coutumier » à un rôle paternel de soutien de famille, quelle que soit la situation professionnelle des deux parents, et quel que soit l'arrangement trouvé pour les enfants. Les deux décisions principales à ce sujet ont été produites par le Cour d'appel de Nouméa, elles affirment respectivement que

> « selon les principes coutumiers, les enfants reconnus par leur père, le sont nécessairement avec l'accord de leur mère ; que cette reconnaissance a pour effet de les

---

[1] Discussion informelle entre deux audiences, TPI de Nouméa, 11 août 2017

> rattacher au clan paternel auquel ils appartiennent ; que cette appartenance implique, pour le père, comme pour le clan paternel, l'obligation de prendre en charge et nourrir les enfants ; qu'il n'y a donc pas lieu de mettre à la charge de la mère de contribution à leur entretien. »[1]

La seconde décision va encore plus loin puisqu'elle évoque la possibilité pour le père, pour qui il n'est toujours pas possible de demander de pension alimentaire à la mère, de solliciter son clan pour demander de l'aide.

> « attendu, qu'en l'espèce, l'enfant, (…) a été reconnu par le père et porte son nom ; qu'en reconnaissant l'enfant, avec l'accord de la mère, le père signifie que l'enfant appartient au clan paternel ; que cette reconnaissance à l'état civil ne fait que rendre publique une décision coutumière prise par les clans, antérieurement à cette reconnaissance ; Qu'il en résulte l'obligation pour le clan paternel de protéger, d'éduquer et d'élever l'enfant ; que nulle obligation alimentaire n'incombe au clan maternel (utérin), qui, en revanche, exerce un droit de regard sur la façon dont le clan paternel se comporte et tient son engagement de protéger cette vie que les utérins lui ont donnée ; Qu'ainsi le père ne peut, en principe, solliciter de contribution alimentaire à charge de la mère de l'enfant, d'autant que rien ne lui interdirait de se retourner, d'abord, vers les membres de son propre clan au titre de la solidarité qui lie l'ensemble des membres composant le clan paternel vis-à-vis de l'enfant, et ce tant que l'appartenance de l'enfant au clan paternel ne sera pas remise en cause »[2]

Il résulte de l'analyse de ces trois premiers cas que la réalisation du « geste coutumier » fait du père le parent pourvoyeur, en espérant que la contribution matérielle les amènera également à contribuer à l'éducation coutumière des enfants, notamment quand il s'agit de garçons. Et ce, en dépit de la tendance quasi systématique des mères à demander et obtenir la garde des enfants, s'occupant de fait de leur prise en charge quotidienne. Il y a un décalage observable entre le rôle attribué ou souhaité pour les pères, et la réalité des affaires traitées par le tribunal. Ce décalage est mis par les professionnels du droit sur le compte d'une déperdition des valeurs coutumières chez les justiciables. Ceux-ci ne « vivent pas selon les principes coutumiers » et ont donc fréquemment le droit à des discours de rappels. Ces « rappels à la coutume » ne sont pas prononcés seulement par les assesseurs coutumiers, mais également par les juges, qui doivent symboliquement réaffirmer fréquemment l'identité du tribunal[3].

---

[1] Cour d'appel de Nouméa, 21 juillet 2011, RG 11/214 cité par CASU, Gatien. « Les pensions alimentaires » *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*. Nouméa : Presses Universitaires de Nouvelle-Calédonie, 2018, p. 98.

[2] Cour d'appel de Nouméa, 11 octobre 2012, RG 11/531 cité par *Ibid.*

[3] B. Trépied qui a observé les mêmes « rappels à l'ordre coutumier », prononcés lors de ses observations uniquement par le juge métropolitain, parle « d'ironie » de la situation. Voir TREPIED, Benoît. « "Vous

Néanmoins si l'on s'en tient à l'observation de la seule « pratique » du tribunal coutumier, le fait d'accorder une pension alimentaire ou non, reposerait exclusivement sur la vérification d'un « geste coutumier » réalisé en amont, en dehors du tribunal, sans que le fond en soit vérifié. Il s'agit en somme de l'invocation symbolique de « la coutume », connue de tous, et « protégée » par le tribunal. Empiriquement, il en ressort que le tribunal constate l'accomplissement d'un geste coutumier extérieur et préalable, ce qui réduit le droit coutumier à la vérification de l'accomplissement d'actes autorisés et validés par d'autres autorités. Du fait du caractère relativement indéterminé des catégories selon lesquelles les juges et assesseurs coutumiers doivent prendre leurs décision (la « coutume », « l'intérêt de l'enfant ») le préalable coutumier tend à occuper un rôle central. On voit émerger en pointillé la fabrique du droit coutumier dont le contenu s'appuie sur des opérations de validations et de vérifications extérieures, de manière à permettre la prise de décision. La logique de fabrication du droit coutumier repose sur l'idée que le contenu de la règle et la manière de l'appliquer sont quasiment identiques. Ceci est encore plus visible dans les cas où le préalable coutumier n'est pas respecté, c'est-à-dire quand le « geste coutumier » n'a pas été effectué.

2) Les conséquences de l'inexécution du « geste coutumier »

Le raisonnement esquissé plus haut prend une autre direction lorsque le « geste coutumier » n'a pas été effectué au préalable. Le « père coutumier » a dans ce cas failli, et il est privé de tous ses droits, mais également de ses devoirs.

avez oublié que vous êtes Kanak !" La justice coutumière face aux nouvelles relations familiales kanak ». *Op. cit.* p. 219

Quand le « geste coutumier » n'a pas été effectué					
	Lieu et date	**Thèmes abordés**	**Invocations de « la coutume »**	**Présence d'avocats**	**Référence**
N4	Audiences coutumières, TPI de Nouméa, Août 2017	Action à des fins de subsides	« Geste coutumier » non réalisé et intérêt de l'enfant	Oui	183
N5	Audience coutumière, TPI de Nouméa, Août 2016	Garde d'enfants (reconnus à l'état civil, de parents de statut coutumier)	Reconnaissance des enfants à l'état civil coutumier (patronyme paternel) mais pas de « geste coutumier »	Non	187
K1	Audiences coutumières foraines, Poindimié, Août 2016 (Formation irrégulière)[1]	Assistance éducative	Aucun geste coutumier respecté. Reconnaissance des enfants uniquement à l'état civil coutumier	Non	191
K2	Audiences coutumières foraines à Koumac, Juillet 2016 (Formation irrégulière)	Renouvellement de placement	Le clan de la mère a refusé la reconnaissance coutumière des enfants	Non	193

L'affaire N4

Dans un cas d'action à des fins de subsides[2], l'affaire N4, Le juge prend connaissance du dossier quelques minutes avant l'audience. La mère demande une contribution pour élever son

[1] Seul l'un des deux assesseurs coutumiers se présente à l'audience. Comme l'ordonnance de 1982 prévoit l'obligation que les assesseurs coutumiers doivent siéger en nombre pairs, cela revient à une formation irrégulière du tribunal.

[2] L'action à des fins de subsides permet à un enfant dont la filiation n'a pas été établie de réclamer des subsides. Ceux-ci correspondent à une aide financière à celui qui entretenait des relations intimes avec la mère au moment de la conception. Cette action peut être engagée par l'enfant ou la mère auprès du tribunal. Il s'agit d'un moyen d'obtenir une pension alimentaire en l'absence de lien de filiation, que

enfant que le père n'a pas reconnu. Les deux parents viennent en présence d'avocates. Seules les avocates prendront la parole, à peu de choses près, pendant l'audience. L'avocate de la mère commence par prendre la parole et signale d'emblée qu'il n'y a pas eu de « geste coutumier ». Elle affirme malgré cela :

> « Je m'en remets à la sagesse du tribunal. Le père pourrait prendre conscience de sa paternité et de ses devoirs. Je trouve que c'est un peu facile de se cacher derrière la coutume ».

Le débat entre les avocates se fait sur fond d'arguments « coutumiers » et comment prendre « la coutume » en compte. L'avocate du père souligne ainsi au contraire que tout a été fait dans le plus simple respect des règles de « la coutume », sans préciser lesquelles. Celui-ci a d'ailleurs refait sa vie avec deux nouveaux enfants et un mariage (coutumier) est prévu pour bientôt. Le père soutient qu'il ne connaît pas la petite et qu'il vaut mieux, dans l'intérêt de l'enfant, que la situation soit claire. Le père résume ainsi sa position lui-même : « Je ne le connais pas [l'enfant] et je n'ai pas les moyens ». Après cette remarque du père, les assesseurs coutumiers entrent dans la discussion :

> « Assesseur coutumier[1] : Quand vous parlez de la coutume vous pensez à quoi ? C'est quoi qui vous vient à la tête ?
> Père : Comment ça ? Par rapport à quoi ? … Le respect de la personne ? … L'humilité ?
> Assesseur coutumier : Moi ce que j'entends là c'est le côté maternel. Après il y a la loi du sang. Un enfant ça ne reste pas petit …
> Père : Oui, oui … (baisse la tête)
> Assesseur coutumier : C'est des questions que je pose simplement par rapport au devenir de l'enfant, après moi je ne sais pas…
> Père : Il était entendu que le grand-père maternel la prenait. [Celui-ci est décédé entre temps]. J'ai dû faire un geste à mon chef de clan parce que la petite restait avec la maman ! (…)
> Avocate de la mère : Vous ne nous parlez que des problèmes financiers ; mais un enfant ce n'est pas que ça ! Alors évidemment le tribunal coutumier me donnera tort parce que le clan paternel n'a pas été respecté. J'ai du mal à comprendre, à chaque fois que je viens devant ce tribunal on se cache derrière la coutume alors qu'un enfant c'est important ! On ne peut pas se cacher derrière la coutume pour ces choses-là ! Moi je connais beaucoup de kanak qui ont des valeurs, et qui respectent ces valeurs. On ne peut pas se cacher derrière la coutume.

---

cette action ne cherche par ailleurs pas à établir. HILT, Patrice et Frédérique GRANET-LAMBRECHTS. « L'action à fins de subsides », *Droit en +*. 2018, vol.6. p. 151-153.

[1] Seul l'un des deux assesseurs coutumier prend la parole ici.

> Le juge acquiesce et s'adresse au père : Il n'est jamais trop tard pour faire un geste et prendre sa responsabilité. Rien n'est figé…
> L'avocate de la maman : C'est clair … »

Après que les justiciables soient sortis de la pièce, une discussion entre le juge et les assesseurs coutumiers commence. Le juge conclut que « comme il n'y a pas de reconnaissance paternelle [aucun « geste coutumier » n'a été effectué] la jurisprudence est claire, on ne peut pas condamner le père à payer une pension alimentaire en droit coutumier… »[1]

On peut voir dans ce cas qu'en dépit de la désapprobation visible du juge et des assesseurs coutumiers, procéduralement, la pension alimentaire ne peut pas être accordée en vertu de l'importance du précédent au sein de la juridiction coutumière. Le cadre coutumier devient d'autant plus visible quand celle-ci n'a pas été respecté. La Cour d'appel de Nouméa écrit à propos d'une situation similaire :

> « dès lors qu'aucun geste coutumier n'a été fait par le père auprès des oncles utérins[2] des enfants, et que ceux-ci vivent et sont nourris par le clan maternel, le père n'a aucune existence sociale et familiale et ne peut donc de ce fait être tenu, dans la coutume, à prendre en charge ces enfants d'une quelconque façon. »[3]

L'absence de « geste coutumier » efface complètement le rôle du père qui n'a plus ni devoirs, ni droits. La seule manière de voir son cas discuté à nouveau par le tribunal coutumier serait de « se mettre en règle » et d'effectuer le « geste coutumier » en dépit de la séparation des parents.

Le deuxième élément intéressant de ce cas-ci est le rôle des avocates[4]. Lors de mon premier terrain en 2016, très peu d'avocats étaient présents lors des audiences coutumières. Si dans les sections détachées la question se pose à peine puisque selon mes interlocuteurs il n'y aurait

[1] Comme nous allons le voir plus bas, la jurisprudence admet pourtant des exceptions.

[2] Les oncles utérins sont les oncles maternels. SALOMON, Christine. « La personne et le genre au centre nord de la Grande Terre (Nouvelle-Calédonie) », *Gradhiva*. 1998, vol.23. p. 81-100.

[3] Cour d'appel de Nouméa, 17 juin 2010, n° 08/681. Motivation reprise également dans les décisions du 21 février 2011, n°11/149 et du 9 septembre 2013, n°12/59. Cité dans CASU, Gatien. « Les pensions alimentaires ». *Op. cit.* p. 96

[4] Dans cette affaire, comme dans une majorité de cas, il s'agit d'avocates. En Nouvelle-Calédonie comme en France, il s'agit d'une profession où la féminisation est très forte. LAPEYRE, Nathalie et Nicky Le FEUVRE. « Avocats et médecins : féminisation et différenciation sexuée des carrières » *Sociologie des groupes professionnels. Acquis récents et nouveaux défis*. Paris : La Découverte, 2009, p. 424-434. *Conditions de travail et expériences des discriminations dans la profession d'avocat·e en France*. Défenseur des droits, 2018.

L'actualité calédonienne va dans le même sens : GALLIEN-LAMARCHE, Jean-Alexis. « Cinq nouvelles avocates ont prêté serment à Nouméa ». *Op. cit.*

qu'un avocat pour toute la province Nord, j'ai pu observer une un accroissement important de leur présence au TPI de Nouméa en l'espace de trois terrains, répartis sur trois années (2016, 2017 et 2019). En 2016 j'ai observé quelques affaires où l'avocat présentait ses demandes « en droit commun », ce n'est arrivé qu'une seule fois en 2017 (concernant une demande de « divorce » et non pas de « dissolution du mariage ») et pas du tout en 2019. Bien qu'il n'existe pas d'étude significative sur le rôle des avocats au sein de la juridiction coutumière, leur fonction s'impose selon mes observations, notamment dans les affaires particulièrement conflictuelles, comme l'affaire N4. S'ils ne sont pas formés au droit coutumier – tout comme les magistrats – ils contribuent à sélectionner et formater les faits présentés au tribunal[1]. Des études ont montré que la distance sociale entre l'avocat et ses clients va avoir des conséquences sur la « normalisation juridique » des récits intimes présentés à la cour[2]. Une étude systématique serait nécessaire pour tirer des conclusions plus générales, mais partant du principe que le serment du « premier avocat kanak dans l'histoire du pays », auquel j'ai pu assister, était une véritable fête au tribunal (les audiences coutumières ont été levées pour que tout le monde puisse y assister) et que cela a fait la une des journées locaux en 2016[3], on peut supposer que la distance sociale entre les avocats et leurs clients de statut particulier reste considérable.

Dans l'affaire N4, l'avocate essaie par exemple de faire valoir à demi-mots le principe de « l'intérêt de l'enfant »[4] en soulignant que le respect de la procédure coutumière va à l'encontre de ce principe (« on se cache derrière la coutume, alors qu'un enfant, c'est important ! »). L'avocate remet en cause le principe établi par les tribunaux coutumiers selon lequel seule la paternité « coutumière » est reconnue, au détriment de la paternité biologique – avec

[1] MATHER, Lynn, Richard J. MAIMAN, et Craig A. MCEWEN. « "The passenger decides on the destination and I decide on the route": are divorce lawyers "expensive cab drivers"? » », *International Journal of Law, Policy and the Family*. Décembre 1995, vol.9 No. 3. p. 286-310.

[2] BESSIÈRE, Céline, Muriel MILLE, et Gabrielle SCHÜTZ. « Les avocat·es en droit de la famille face à leur clientèle. Variations sociales dans la normalisation de la vie privée », *Sociologie du travail*. 12 septembre 2020, vol.62 No. 3.

[3] GALLIEN-LAMARCHE, Jean-Alexis. « Francky Dihace, premier avocat kanak, entre dans l'histoire », *LNC.nc | Les Nouvelles Calédoniennes, le Journal de Nouvelle-Calédonie*. 12 août 2016. ; ULYSSE, Eline. « Francky Dihace, le premier avocat kanak », *Outremers360°*. 11 août 2016. ; CHARMASSON, Martin. « Le premier avocat kanak ». *Op. cit.*

[4] Le principe de « l'intérêt de l'enfant » est souvent invoqué et peu défini. Le doyen Jean Carbonnier le caractérise fameusement de « notion magique. « Rien de plus fuyant et propre à favoriser l'arbitraire judiciaire ». Jean Carbonnier - Dalloz périodique 1960, p. 675 cité dans VERDIER, Pierre. « Pour en finir avec l'intérêt de l'enfant », *Journal du droit des jeunes*. 2008, vol.280 No. 10. p. 34-40.

l'assentiment de principe du juge d'ailleurs (« il n'est jamais trop tard pour prendre vos responsabilités »).

La logique de l'avocate sur le terrain est la même que celle que B. Trépied défend dans ses travaux académiques, où il déconstruit cette disqualification systématique de toute paternité biologique. Il considère que « les juges coutumiers sont en pleine reconstruction fictive en matière de paternité kanak »[1].

> « [A]ffirmer que selon la coutume, l'attribution de la paternité est par définition une compétence exclusive du clan maternel, revient donc à légitimer et à graver dans le marbre judiciaire des rapports de pouvoir entre clans qui n'ont rien de naturel ni d'évident. Parce qu'ils sont fondamentalement politiques et issus d'une dynamique historique particulière, ils restent susceptibles d'être modifiés en fonction des nouvelles représentations kanak du couple, de la parenté et de la famille – à condition que le système judiciaire ne s'oppose pas par principe au changement social sous couvert de respecter l'ordre coutumier. »[2]

Si l'étude de B. Trépied porte sur la mise en contradiction historique et anthropologique de la paternité chez les Kanak contre celle affirmée dans les tribunaux, mon travail ici est légèrement différent. Il ne s'agit pas de déterminer la réalité ou la validité de la règle coutumière dans le monde social, mais de comprendre le raisonnement juridique habituel des magistrats, et notamment comment ils se saisissent des règles coutumières (ou pas). La présentation successive de cas permet de déceler une certaine rigidité dans l'application des règles, la plupart du temps extrêmement balisées et soumise à des formalités incontournables. Ceci est le cas, y compris dans des affaires où les justiciables sont dans des situations encore plus précaires.

L'affaire N5

Dans une autre affaire, N5, une mère saisit la justice pour obtenir la garde de son enfant de quatre ans, parce que le père l'empêche de le voir. La demanderesse n'est pas présente. Seul le père se présente à l'audience, sans avocat. D'emblée le juge et les assesseurs coutumiers demandent si les justiciables étaient mariés (coutumièrement). Ils ne l'étaient pas, et l'enfant a d'abord porté le nom de famille de la mère avant que le père le reconnaisse à l'état civil coutumier. Néanmoins face aux questions des assesseurs coutumiers celui-ci reconnaît qu'il n'a pas présenté de « geste coutumier ». Malgré cela, l'enfant porte désormais le patronyme du

[1] TREPIED, Benoît. « Le sang, le nom, la coutume ». *Op. cit.* p. 66

[2] *Ibid.*

père. Le père se justifie en précisant que cette démarche a été encouragée par une assistante sociale qui le suit.

Le juge rappelle à ce moment-là qu'« aux yeux de la coutume, cet enfant n'existe pas, et vous n'existez pas en la qualité de papa sur le terrain coutumier. » Les assesseurs coutumiers appuient l'affirmation du juge à grand renfort de hochements de têtes.

Au fil des questions du juge, le père révèle que la séparation du couple a eu lieu suite à des violences de sa part sur la mère. Il a été condamné à une peine de prison avec sursis pour ces violences. Le juge feuillette le dossier et constate que la mère a fait un passage au sein d'un refuge pour femmes battues. Le père explique qu'en dépit de tout, un arrangement avait été trouvé tendant vers une garde alternée informelle jusqu'à ce que la mère emménage avec un nouveau compagnon. Le père explique qu'il ne s'entend pas avec le nouveau concubin et qu'il ne permet plus à la mère de voir l'enfant et rappelle que de toute façon ce dernier porte son nom de famille.

Un assesseur coutumier intervient pour rappeler au père que « coutumièrement, cet enfant appartient au clan maternel ». Il encourage le père à faire les démarches coutumières de reconnaissance de l'enfant même s'il est séparé de la mère : « Ne regardez pas le fait que vous soyez séparés, faites la démarche ! » Le juge rappelle l'importance des oncles utérins dans l'éducation de l'enfant mais aussi l'importance de la mère pour les enfants en bas âge.

Le juge lit à voix haute la lettre écrite par la mère au tribunal. Elle insiste sur le fait que le père boit beaucoup. L'enfant vit chez son père depuis à peu près un an et que depuis, elle a du mal à le voir. Elle renouvelle sa demande de garde de l'enfant.

Le père veut bien conserver une autorité parentale conjointe mais préfère que la résidence principale de l'enfant soit fixée chez lui. Il argue du fait qu'il n'a que cet enfant à charge alors que la mère vient d'accoucher d'un nouvel enfant de son conjoint actuel. Le père est déjà sous enquête sociale[1]. Le juge suggère d'en ouvrir une pour la mère également, pour décider de ce qui relèverait du meilleur intérêt de l'enfant.

[1] L'enquête sociale, prévue à l'article 373-2-12 du Code civil consiste à recueillir et analyser permettant au juge d'évaluer « la situation matérielle et morale de la famille », « les conditions dans lesquelles vivent et sont élevés les enfants », « la mesure qu'il y a lieu de prendre dans son intérêt », notamment dans ce qui touche à l'exercice de l'autorité parentale et du droit de visite des parents. Il existe des listes d'enquêteurs sociaux habilités, et ceux-ci produisent un rapport avec ses constats et ses solutions. Il s'agit la plupart du temps d'assistants sociaux, de psychologues ou encore d'éducateurs. Voir BESSIERE, Céline, Emilie BILAND, Benoît COQUARD, et al. *Au tribunal des couples*. *Op. cit.* p. 275

À la sortie du père, un assesseur coutumier déplore le fait « qu'ils ne vivent pas la coutume ; ils ont le statut coutumier, mais ils ne vivent pas la coutume ». Dans le cas N5 aucune des exigences coutumières habituelles n'ont été respectées : les parents n'étaient pas mariés coutumièrement, le père n'a pas fait de « geste coutumier » mais a toutefois reconnu l'enfant à l'état civil coutumier. Ce dernier élément n'entre pas en compte dans le raisonnement de la chambre coutumière, qui affirme ne prendre en considération que le fait que le « geste coutumier » n'a pas été effectué. D'ailleurs l'un des assesseurs coutumiers encourage le père à dépasser d'une certaine manière le conflit qu'il rencontre avec son ex-compagne de manière à rentrer dans le cadre coutumier et se conformer aux règles coutumières – faisant fi de la surexposition des femmes et des enfants aux violences intrafamiliales, le plus souvent commises par des hommes[1]. Bien que l'accent soit mis sur le respect de « principes coutumiers », on peut y voir un parallèle avec la tendance générale du droit de la famille français à encourager depuis les années 1980, le « dépassement du conflit conjugal » de manière à assurer une « coparentalité » en toute circonstance[2] - ici en dépit de violences conjugales passées et d'un conflit actif.

---

[1] En Nouvelle-Calédonie la question se pose avec davantage d'acuité puisque la moyenne du nombre de Victimes de coups et blessures volontaires dans le cadre familial enregistrées en 2019 et 2020 est le plus élevé de France. Voir la section « Outre-Mer » du bilan fait par le Ministère de l'intérieur. *Insécurité et délinquance en 2020 : Bilan statistique*. Ministère de l'Intérieur, 2021.

Les travaux de Christine Hamelin et Christine Salomon documentent ces violences genrées et intrafamiliales depuis trente ans. SALOMON, Christine. « Les femmes kanakes face aux violences sexuelles : le tournant judiciaire des années 1990 », *Journal des anthropologues*. 1990, vol.3-4 No. 82-83. p. 287-307. ; SALOMON, Christine. « "Mettre au tribunal", "Claquer un procès": Les nouvelles ripostes des femmes kanakes en Nouvelle-Calédonie », *Archives de politique criminelle*. 2002, vol.1 No. 24. p. 161-176. ; SALOMON, Christine. « Quand les filles ne se taisent plus ». *Op. cit.* ; HAMELIN, Christine et Christine SALOMON. « Parenté et violences faites aux femmes en Nouvelle-Calédonie. Un éclairage sur l'ethnicité différenciée des violences subies au sein de la famille », *Espace populations sociétés*. 1 octobre 2004 No. 2004/2. p. 307-323. ; SALOMON, Christine et Christine HAMELIN. « Les femmes kanak sont fatiguées de la violence des hommes », *Journal de la société des océanistes*. 1 décembre 2007 No. 125. p. 283-294. ; HAMELIN, Christine, Christine SALOMON, et France LERT. « Les violences sexuelles dans l'enfance chez les femmes kanakes de Nouvelle-Calédonie : vers un abaissement du seuil des violences tolérées », *Sciences sociales et santé*. 2010, vol.28 No. 4. p. 5-31. ; SALOMON, Christine. « Hommes et femmes. Harmonie d'ensemble ou antagonisme sourd ? » *Op. cit.*

Il serait intéressant de reprendre le format de l'enquête INED effectué pour la métropole concernant les violences, à l'échelle de la Nouvelle-Calédonie. BROWN, Elizabeth, Alice DEBAUCHE, et Magali MAZUY. *Virage, une enquête innovante pour caractériser les violences de genre*. Paris : INED Éditions, 2021.

[2] THERY, Irène. *Le démariage: justice et vie privée*. Paris : Odile Jacob, 1993. ; BASTARD, Benoit. *Les démarieurs: enquête sur les nouvelles pratiques du divorce*. Paris : La découverte, 2002. ; BESSIERE, Céline, Emilie BILAND, Benoît COQUARD, et al. *Au tribunal des couples*. *Op. cit.*

La logique de la juridiction est en accord avec certains précédents, qui affirment qu'une reconnaissance à l'état civil ne peut être prise en compte si aucun geste coutumier n'a été effectué auprès du clan maternel.

> « Attendu, en l'espèce, que le père (…), n'a pas mis à profit les délais de procédure pour intégrer l'enfant à son propre clan ; qu'il convient de constater qu'en dépit d'une reconnaissance purement formelle à l'état civil[1], la situation de l'enfant demeure inchangée : les règles coutumières que le père connaît faisant de cet enfant un membre à part entière du clan maternel. »[2]

Toujours dans l'affaire N5, le père est disqualifié à plusieurs niveaux : il élève cet enfant hors des principes coutumiers et il a commis des violences conjugales. Pourtant le recours à l'enquête sociale est une manière pour le tribunal de repousser une décision définitive et de laisser des experts orienter le débat. On aurait pu imaginer que suivant rigoureusement la logique exposée dans les cas présentés précédemment, la chambre coutumière attribue automatiquement l'autorité parentale à la mère et que le père « n'existe pas sur le terrain coutumier ». Il pourrait s'agir d'un moyen de laisser du temps au justiciable de se conformer à au préalable coutumier, ou bien de déléguer ou d'externaliser la décision en se reposant sur les résultats de l'enquête sociale.

Il est également intéressant d'observer le rôle que peuvent avoir des acteurs qui ne seraient pas des professionnels du droit (notamment les assistants sociaux et les éducateurs) qui composent comme beaucoup d'acteurs institutionnels avec leur ignorance ou leur familiarité variable des principes coutumiers. Dans l'affaire N5 c'est l'assistante sociale qui selon les dires du père l'encourage à reconnaître l'enfant, probablement sans savoir qu'il y aurait des « gestes coutumiers » à effectuer. Dans l'affaire K1 qui suit, une éducatrice encourage là encore la présence d'un clan paternel qui n'a pourtant pas effectué non plus les « gestes coutumiers » demandés par le tribunal coutumier.

---

[1] Souligné par l'auteur.

[2] Cour d'appel de Nouméa, 26 mars 2015, RG 14-45, cité dans CORNUT, Étienne et Pascale DEUMIER. *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*. *Op. cit.* p. 70

L'affaire K1[1]

Dans l'affaire K1, ce sont les grands-parents paternels, la mère des enfants et son compagnon actuel qui se présentent à l'audience. Une éducatrice spécialisée les accompagne. Le père n'est pas présent. Une première difficulté surgit du fait qu'il semblerait que les enfants aient été inscrits par erreur sur l'état civil de droit commun alors que les parents sont tous deux de statut coutumier. La mère comme les grands parents expriment le souhait d'être entendus tout de même au tribunal coutumier parce qu'ils relèvent eux-mêmes de ce statut. Leur demande concerne trois enfants qui ont été placés dans trois foyers différents (dans des localités fort éloignées les unes des autres). La mère, précise qu'elle a refait sa vie et a eu deux nouveaux enfants.

Les grands-parents paternels veulent récupérer les trois enfants pour leur inculquer leur place à la tribu. La mère s'y oppose. L'éducatrice soutient la demande des grands parents mais préconise un maintien des liens maternels. Le concubin actuel de la mère, également présent à l'audience, réagit fortement et crée des conflits, y compris avec l'éducatrice. Le père est aussi absent de l'audience, que des conversations qui s'y génèrent. Les grand parents paternels demandent la garde des enfants parce que le grand père veut remplacer « le rôle du papa ».

Au fil de la discussion les questions du juge font émerger l'information que le père était en prison pour violences. La mère précise seulement un peu plus tard qu'il s'agit de violences conjugales dont elle a été la victime. Le père est à ce jour sorti de prison, il a refait sa vie et a de nouveaux enfants. L'éducatrice n'a jamais réussi à le rencontrer.

Les juge rappelle que les grands parents ne sont pas les parents et que les enfants – encore jeunes – ont besoin de ces relations parentales. Le grand père revendique son rôle dans le maintien des liens familiaux. Il essaie de faire valoir des principes coutumiers de patrilinéarité mais le juge souligne que les enfants sont de droit commun. Le juge rappelle qu'avant de parler de la coutume, la mère doit accepter le potentiel changement de statut des enfants et reconnaître leur appartenance à la tribu paternelle.

---

[1] Lors de cette audience foraine, seul l'un des deux assesseurs coutumiers se présente, ce qui a pour résultat une formation irrégulière du tribunal. Le juge n'annule pas les audiences pour autant (il s'est déplacé et le jours d'audiences sont déjà très chargés en l'état) et à condition de recueillir l'accord des justiciables, il peut prendre ses décisions en fonction des principes coutumiers même lorsqu'il est amené à siéger seul ou en formation irrégulière (voir chapitre II). Il demande à l'assesseur coutumier présent de rester siéger avec lui et demande son avis lorsqu'il a un doute. Le tribunal fait donc comme si la formation était régulière, sauf que l'assesseur coutumier présent n'apparaîtra pas sur le jugement. Ce sera le cas pour toutes les audiences coutumières que j'ai observées en province Nord.

Le juge et l'éducatrice ont le même souhait de regroupement des droit de visite et d'hébergement pour les grands parents, pour que les enfants puissent rester ensemble. L'éducatrice explique que, selon elle, l'appartenance des enfants est à la tribu. Le juge rétorque que ça se prépare et que le choix relève autant de la mère que du père (ou le cas échéant, de la famille de ce dernier). Dans cette optique, c'est au père de saisir le juge aux affaires familiales pour demander une délégation d'autorité parentale[1] au profit des grands-parents paternels.

> « Le juge : Objectivement, des situations comme ça (…), ne peuvent pas justifier que les enfants soient dispersés. »

La situation est encore floue à la fin de la discussion. L'assistance éducative et les placements sont a priori renouvelés puisqu'il y a la nécessité de positionnement du père (qui est manifestement difficile à faire venir et à rencontrer). Il est convoqué aux prochaines audiences coutumières foraines dans une localité de la côte Est. Le juge suggère fortement aux grands-parents paternels de se déplacer à nouveau pour soutenir leur demande

Selon les informations récoltées seulement en observant l'audience, il semblerait qu'il s'agisse d'un couple qui n'était pas marié, dont les enfants ont été inscrits à l'état civil de droit commun, ce qui veut probablement dire que le père les a reconnus administrativement mais pas coutumièrement. Selon la jurisprudence mentionnée plus haut, cela voudrait dire que le père ne peut pas avoir de prétention sur ses enfants sur le plan du droit coutumier. Pourtant les grands-parents paternels font jouer la logique coutumière habituellement soutenue par les tribunaux, quand les procédures sont respectées. Le juge ne va pas hésiter à leur rappeler que la reconnaissance paternelle est soumise selon les principes coutumiers dégagés par la jurisprudence coutumière, à l'approbation de la mère et de son clan.

L'éducatrice quant à elle promeut l'idée de l'unité familiale, sans être tenue par la considération du « geste coutumier ». Il est intéressant de noter la position du juge dans cette situation, qui fait valoir que « les enfants sont jeunes, ils ont besoin de leurs parents » - allant lui aussi à l'encontre de la conception de la parenté promue par la jurisprudence des tribunaux

---

[1] La délégation de l'autorité parentale, correspond au transfert des droits et devoirs des parents vis-à-vis de leurs enfants. Le transfert peut être partiel ou total, volontaire ou forcé. L'autorité parentale peut être déléguée à une autre personne (membre de la famille) ou à un organisme spécialisé (service de l'aide sociale à l'enfance). La délégation d'autorité parentale est prononcée par le juge aux affaires familiales (ici le tribunal coutumier) et est provisoire. Dans le cadre de mes observations il s'agit toujours délégations totales à d'autres membres de la famille (souvent les grands parents).

coutumiers. L'intérêt de l'enfant serait avec ses deux parents biologiques – bien qu'en l'espèce, les enfants ne sont ni avec l'un, ni avec l'autre.

La dernière observation que l'on peut faire est que le non-accomplissement du « geste coutumier » est ici un moyen de pression pour la mère, qui peut se permettre de s'opposer à la demande du père. Les enfants peuvent à l'occasion être des ressources stratégiques pour le clan de la mère ou du père. B. Trépied note à ce propos :

> « Au gré des changements sociaux, les positions claniques ont donc évolué : apparemment dépourvus face au phénomène des naissances « hors coutume » dans les années 1940, les maternels sont aujourd'hui en position de force vis-à-vis des paternels. Ils peuvent désormais prétendre au monopole de la définition de la paternité, d'autant plus que cette stratégie politique est maintenant naturalisée par les juges coutumiers en tant que norme juridico-coutumière atemporelle. »

Ces stratégies sont parfois simplement des tactiques de protection contre un conjoint violent. Cependant les ressources que peuvent potentiellement représenter les enfants sont parfois discutées ouvertement au tribunal.

L'affaire K2

Une mère seule se présente. Un travailleur social représente le père. Celui-ci est en prison jusqu'en 2017[1]. Le travailleur social explique qu'il a été condamné à sept ans de prison ferme pour le viol d'une nièce. C'est le père qui a saisi la justice parce que les deux enfants sont pour le moment placés en famille d'accueil et qu'il veut préparer sa sortie de prison. Le représentant des services sociaux précise que les enfants rendent visite à leur mère pendant les vacances et qu'ils rendent occasionnellement aussi visite à leur père en prison. Il estime qu'ils ont l'air contents à la perspective de revivre avec leurs deux parents. Néanmoins il préconise un renouvellement de placement en attendant le mariage coutumier des parents, ainsi que la fin de la construction de la maison familiale. D'après ce que les services sociaux ont pu glaner comme informations auprès du père, l'installation du couple est prévue en dehors de la tribu, sur la terre d'un ami du père.

Après la longue prise de parole du travailleur social, le juge se tourne vers la mère. Celle-ci est restée très silencieuse et très immobile. Elle explique timidement qu'elle n'habite plus à la

[1] L'affaire est entendue en 2016. Voir tableau en début de section p. 174.

tribu du père. Quand celui-ci est allé en prison, la famille de ce dernier s’en est prise elle (vitres cassées, etc.).

Il ressort après des questions plus précises du juge à la mère (« Vous en pensez quoi de revivre avec le papa ? Vous avez hâte ? »), que celle-ci ne veut pas se marier. Elle répond timidement aux nombreuses questions du juges. De longs silences se passent pendant lesquels le juge et l’assesseur coutumier attendent patiemment la réponse de la justiciable. Ses affirmations sont parfois contradictoires mais il en ressort que la communication est difficile entre les parents. À la demande du juge, il ressort que les enfants portent le nom du père, mais qu’aucun « geste coutumier » n’a été fait pour leur reconnaissance auprès du clan maternel qui n’était pas favorable à l’union. La mère a donné son accord pour la reconnaissance du père, malgré le désaccord de son clan. Elle explique que le clan du père risque de s’éteindre, ils sont isolés, d’où l’importance pour eux de la reconnaissance des enfants. Les conflits entre les deux clans ont été aggravés par l’emprisonnement du père.

Elle conclut qu’elle ne veut plus revivre avec lui mais qu’elle n’arrive pas à le lui dire. Elle finit par admettre qu’elle veut se séparer du père, alors que ce dernier prend des dispositions pour les réunir. Le juge exprime son inquiétude puisque le père a un profil d’homme violent. La situation des enfants n’est pas claire puisqu’ils portent le nom du père mais que les « gestes coutumiers » n’ont pas été réalisés, et qu’officiellement, l’autorité parentale est conjointe pour le moment.

Le placement est renouvelé indépendamment de la sortie de prison prochaine du père. Le juge demande à la mère si un « pardon coutumier »[1] serait envisageable auprès de son clan. Il finit par retirer cette idée parce que le représentant des services sociaux souligne qu’il n’est pas sûr que le père serait prêt à reconnaître son tort puisqu’il a dit des choses différentes, voire contradictoires, à différents représentants des services sociaux.

Comme dans les affaires N5 (p. 187) et K1 (p. 191), le père a reconnu l’enfant hors du « geste coutumier » préconisé par les tribunaux coutumiers, ce qui brouille les pistes du raisonnement

---

[1] Le « pardon coutumier », est défini par la Charte du Peuple Kanak (point 17) comme « un processus dont le but est de parvenir à la réconciliation qui implique les parties en cause dans un conflit ». Sur sa prise en compte par les juridictions coutumière dans le cadre des intérêts civils, voir CORNUT, Étienne. « Un contentieux coutumier émergent : les intérêts civils ». *Op. cit.* Sur sa potentielle prise en compte au pénal, voir PARISOT, Valérie. « Justice pénale républicaine et droit coutumier kanak » *Cahiers d’anthropologie du droit 2011-2012 : Le statut des peuples autochtones. À la croisée des savoirs*. Paris : Karthala, 2012, p. 183-208. ; MALABAT, Valérie. « La prise en compte de la coutume kanak en droit pénal ». *Op. cit.*

juridique. Néanmoins il y a des enjeux de filiations claniques indéniables et discutés au sein du tribunal. Le juge semble préoccupé par la violence du père, mais sa manière de l'appréhender est de proposer un « pardon coutumier » à la mère. Même s'il n'insiste pas avec cette solution, face au comportement ambiguë du père relevé par le représentant des services sociaux, le juge envisage la solution d'un « pardon coutumier » pour réconcilier les clans et potentiellement permettre la reconnaissance coutumière des enfants. Il semblerait que la préoccupation spontanée du juge soit de faire concorder la situation administrative des enfants qui portent le patronyme de leur père, avec leur situation coutumière, en dépit de la violence pour laquelle le père a été condamné.

La mère pourrait toutefois faire valoir auprès d'un tribunal coutumier le fait que les parents n'ont pas été mariés coutumièrement, et que la reconnaissance des enfants n'a pas été faite sur le plan coutumier – ou en tout cas qu'elle a été refusée par le clan maternel. Selon les règles appliquées dans les affaires N4 (p. 183) et N5 (p. 187), qui sont les mêmes que celles établies dans la jurisprudence, le père n'aurait pas de droit sur les enfants. L'affaire K2 fait de surcroit fortement écho à l'affaire N5 puisque les assesseurs coutumiers et le juge préconisent dans les deux cas de régulariser la situation coutumière des enfants, en dépit de violences commises de la part des pères sur les mères.

Ainsi, bien que le « geste coutumier » puisse potentiellement être instrumentalisé par le clan maternel ou la mère, il semble que les juridictions coutumières ont à cœur, dans les affaires observées, de promouvoir la régularisation de la reconnaissance coutumière des enfants, en dépit des situations parfois précaires des justiciables.

Cette section a montré l'importance voire la rigidité avec laquelle les juridictions coutumières traitent le non-accomplissement du « geste coutumier » - même quand une reconnaissance paternelle a eu lieu sur l'état civil coutumier. Nous allons voir dans la section suivante comment les justiciables par leurs demandes bousculent parfois le cadre coutumier relativement rigide des juridictions coutumières.

3) Quand les justiciables remettent le « cadre coutumier » en cause

Dans les quatre affaires qui vont suivre, les justiciables vont par leurs demandes remettre en cause le cadre coutumier très strict du tribunal coutumier. Trois de ces affaires vont mentionner la possibilité de changer ou de conserver un nom de famille maternel (affaires K3, N6 et N7)

tandis qu'au cours d'une affaire de délégation d'autorité parentale le tribunal est obligé de s'arranger avec les règles appliquées habituellement pour constater l'accord des parties (N8).

Quand les justiciables remettent en cause le cadre coutumier					
	Lieu et date	**Thèmes abordés**	**Invocation de « la coutume »**	**Avocats**	**Référence**
K3	Section détachée, Koné Août 2016 (Formation irrégulière)	Mesures d'assistance éducative	Patronyme et rôle de « père coutumier »	Non	196
N6	TPI de Nouméa Août 2017	Garde des enfants, pension alimente et rajout d'un deuxième nom de famille	Patronyme, et appartenance clanique et « geste coutumier »	Non	199
N7	TPI de Nouméa Août 2017	Garde d'enfants, pension alimentaire et changement de nom	Parentalité, patronyme et appartenance clanique	Non	202
N8	TPI de Nouméa Août 2016	Délégation d'autorité parentale (au profit du frère ainé paternel)	Les justiciables et le cadre coutumier	Non	204

L'affaire K3

L'affaire K3, porte sur des mesures d'assistance éducative[1]. À l'audience se présentent le père, la mère, l'enfant pour lequel les mesures éducatives ont été mises en place et une éducatrice (il y a quatre enfants issus de cette union en tout). La mère vit à Nouméa, tandis que

[1] L'assistance éducative est un ensemble de mesures pouvant être prises par l'autorité judiciaire afin de protéger les mineurs dont la santé, la sécurité ou la moralité sont en danger ou dont les conditions d'éducation ou de développement sont gravement compromises. BRUGGEMAN, Maryline et Guy RAYMOND. « Assistance éducative », *Répertoire de droit civil*. 2020. p. 1-35.

le père vit en province Nord, sur la côte Est. Les enfants vivent chez le père et voient la mère pendant les vacances. Le dossier rappelle que c'est une infirmière d'école qui avait émis des inquiétudes concernant la méthode éducative sévère du père – incluant des châtiments corporels[1] – une discussion parallèle se déclenche concernant le climat de violence au sein de la famille[2]. Ces premiers faits établis, le juge demande pourquoi l'enfant, présent à l'audience, porte le nom de la mère.

> « Le père : Le clan maternel a demandé.
> La juge : Mais ce n'est pas normal ça. C'est le papa qui l'a récupéré pour qu'il soit avec ses frères ? [À l'assesseur coutumier :] Vous en pensez quoi ?
> Assesseur coutumier : Logiquement l'enfant doit rester avec le clan dont il porte le nom. Mais ça dépend des circonstances.
> Le père : Moi je ne sais pas comment on fait chez vous les européens, mais notre façon de voir c'est que la route est toujours libre. L'enfant peut choisir. Moi je ne veux pas qu'on puisse le rejeter de la tribu parce qu'il ne porte pas mon nom. Dans les temps d'avant c'était plus flexible. Pour l'instant, il reste avec nous, mais il sait que sa maison c'est là-bas. »

Le père explique que le clan maternel a demandé à ce que l'enfant porte leur nom en prévision d'un don d'enfant au frère de la mère, « comme ça se fait parfois ». Au moment de la séparation, comme le père était plus stable matériellement, c'est lui qui a eu la garde de tous les

[1] Sur une étude plus approfondie concernant l'évolution de l'appréhension des châtiments corporels, voir DAVID, Marion et Nicolas RAFIN. *Sanctionner les « châtiments corporels » à visée éducative? Aspects sociaux et juridiques d'un intolérable en devenir*. Rapport Convention n°16.33. Ministère de la Justice, 2019. Dans le cadre de la Nouvelle-Calédonie en revanche ceux-ci ont un traitement tout particulier puisque les sanctions physiques – fussent-elles coutumières sont punies au plan pénal (DURAFFOUR, Éric. « Pour que le châtiment soit un honneur » *La coutume Kanak dans le pluralisme juridique calédonien*. Nouméa : Presses Universitaires de Nouvelle-Calédonie, 2018, p. 235-244.). La tension normative entre normes coutumières et droits fondamentaux a été résolue de manière relativement définitive dans le cadre du droit pénal, même si les auteurs cités constatent une certaine perméabilité qu'ils promeuvent entre conception du droit pénal par les praticiens en Nouvelle-Calédonie et coutume, au nom de l'idéal du « pluralisme juridique équilibré ».

[2] Je ne reviendrai pas sur la discussion concernant les mesure éducatives dans le corps du texte. L'audience a été haute en couleurs et les parents se sont beaucoup disputés sans que le juge ni l'assesseur coutumier n'interviennent trop. Bien que le signalement initial d'une infirmière d'école ait évoqué des traces physiques d'une « bagarre d'homme », le père et le fils – très complices au demeurant – font état non pas d'un astiquage « intempestif et régulier », mais « occasionnel et justifié ». L'adolescent assure que lorsqu'il se fait « corriger » il sait pourquoi et que ce sont des mesures justifiées. Le juge demande ainsi « Vous étiez aussi sévère, rigoureux avec votre compagne ? Pourquoi elle vous a quitté ? » Le juge touche là une question sensible, le père baisse la tête, et reconnaît qu'il y a effectivement eu des histoires de violences conjugales. L'émotion de la mère est visible, ce à quoi le père répond par des bravades (blague et rigole fort).

enfants avec les vacances partagées. Le père dénonce la façon de vivre des potentiels parents adoptifs (le grand frère de la mère).

> « Le père : Chez nous on a déjà donné un terrain à lui, au cas où il y a un problème chez lui.
> Le juge : Mais ça peut être remis en cause plus tard ça.
> Le père : Oui… »

Le père prend beaucoup de place, physiquement et auditivement. La mère est plus réservée mais sur un désaccord avec le père, elle n'hésite pas à hausser le ton, et les parents finissement pas se disputer fort et longuement. Il semblerait que le père refuse toute communication avec la mère et ne la mette pas au courant des démarches concernant les enfants, y compris la tenue de cette audience. C'est l'éducatrice qui a informé la mère la matin même, qui a dû venir « en catastrophe » à l'audience qui se tient en province Nord. Pour couper court à la dispute le juge s'adresse au père pour lui reprocher de ne pas avoir mis la mère au courant de cette réunion de famille :

« Vous ne pouvez pas effacer la maman, elle a donné son sang. »

Le juge relève finalement dans le dossier, que les enfants sont de statut de droit commun. Face à la surprise des parents, et de leur statut coutumier à tous les deux, le juge suppose qu'il s'agit probablement d'une erreur d'enregistrement à la naissance. L'affaire interroge un nombre considérable d'aspects dans l'organisation de cette famille[1], et manifestement les parents ont beaucoup de mal à communiquer. L'issue de l'affaire n'est pas claire (elle est renvoyée à plus tard), le seul conseil du juge sera de changer les enfants de statut pour qu'ils soient du même statut que les parents.

Une fois encore, dépassés par les situations qui ne rentrent pas dans le cadrage habituel, le juge et l'assesseur coutumier préconisent de régulariser la situation coutumière des enfants avant de se décider pour la suite. En cela, cette affaire est très similaire à l'affaire K1 (p. 191), où les enfants étaient également inscrits à l'état civil de droit commun. Toutefois dans l'affaire

[1] Un autre problème est soulevé durant l'audience. La fille des justiciables a passé les vacances avec sa mère, et refuse de retourner chez son père. Il semblerait qu'il y ait eu un problème avec l'un de ses frères. Personne n'évoque les faits, tout le monde y fait allusion en parlant de « cette histoire ». La petite aurait raconté des choses qu'un de ses frères lui aurait fait. Personne ne sait ce qu'il en est réellement. Le père explique qu'il a convoqué une réunion familiale pour évoquer cette histoire ; la mère n'a pas été prévenue. Une dispute éclate à nouveau entre les parents. Le juge ne rebondit pas sur ce problème et attend que la dispute se calme.

K3 (p. 196), le magistrat demande de corriger l'inscription des enfants au bon état civil avant d'aller plus loin.

Il est intéressant de constater que le cadre coutumier formel et rigide mis en place par les juridictions coutumières est dénoncé par le père de l'affaire K3, qui a dans l'idée que la « la route est toujours libre » et que « dans les temps d'avant c'était plus flexible ». Effectivement, si l'on s'en tient à l'analyse de ce cas, on constate que sous couvert d'un respect des autorités coutumières extérieures au tribunal, une substantialisation des règles de filiation se produit, ce qui entraîne inévitablement leur rigidification. Certains justiciables vont essayer de s'extraire de ce cadre, par exemple en demandant des changements de noms de famille de leurs enfants.

Affaire N6

Dans l'affaire N6, il s'agit de déterminer la garde de quatre enfants, entre cinq et dix-sept ans. Ils sont tous reconnus coutumièrement par le père, et portent son patronyme. Les problèmes d'alcoolisme du père sont à l'origine de la séparation des parents. La mère a pris les quatre enfants à sa charge, dont un des enfants qui a un handicap lourd (son taux d'incapacité est évalué à 75%). Sa demande concerne le fait de fixer la résidence principale des enfants chez elle et l'obtention d'une pension alimentaire. Le père est d'accord avec la première demande, d'autant qu'il voit les enfants pendant les vacances mais qu'ils rentrent dormir chez leur mère en raison des problèmes d'alcool du père. Néanmoins, à la demande de pension alimentaire, le père réplique qu'il n'a pas de travail.

La mère ne se démonte pas et demande également à ce que les enfants portent les deux noms de famille, celui du père et le sien. Le juge réagit à ce moment là. Il rappelle que les changements de noms concernent les clans : il y a une obligation de suivre le chemin coutumier pour obtenir l'accord des clans. Il ne précise pas si ce chemin coutumier pour obtenir l'accord des clans pourrait être un acte coutumier ou s'il s'agit encore d'autre chose.

> « Votre nom de famille ne vous appartient pas à vous, mais à votre clan. On n'est pas propriétaire de son nom puisque c'est toute une lignée d'ancêtres qui a transmis le nom. »

Le juge indique que pour aller au bout de cette démarche, il faut aller voir l'OPC. Il doit expliquer au père de quoi il s'agit. Le juge rajoute que si tout le monde est d'accord, il n'y aura pas de nécessité de repasser devant le tribunal.

Face à l'air un peu perplexe et vaguement désapprobateur des assesseurs coutumiers, la mère se justifie. C'est elle qui amène les enfants à la tribu pour qu'ils voient leur père, dans leur

intérêt. Le père n'a pas les moyens de venir à Nouméa, encore moins de subvenir à leurs besoins, parce qu'il n'a pas de travail. L'effort de maintenir leur place dans le clan du père passe donc par la mère. Elle rebondit sur la demande de pension alimentaire qu'il devrait faire l'effort de lui verser « au moins quand il aura retrouvé du travail ». Le juge abonde dans son sens et affirme que la pension alimentaire est une manière de « responsabiliser le papa », et que celle-ci peut être en nature (i.e. nourriture) le temps que le père trouve un travail. La mère ajoute tout de même :

> « Dans la civilisation d'aujourd'hui on ne vit pas que d'ignames. Il y a les factures à payer aussi ! »

Une femme assesseur coutumier, AC3[1], fait la leçon au père : « Tu as trois garçons ! » Elle parle beaucoup en langue avec lui, sans traduire pour le reste de l'assistance. Le juge ne la reprend pas. Les justiciables finissent par prendre congé et partir. Quand les justiciables sortent se déclenche une conversation entre le juge et les assesseurs coutumiers :

> « AC3 : Je le connais, c'est mon oncle. Il est sculpteur. Il touche [de l'argent] ! Par contre je ne suis pas d'accord avec le changement de noms qu'ils demandent !
> AC10 : Ben oui, qui garantit la stabilité des enfants ? Leur assise coutumière ?
> Le juge : Oui après ils n'ont plus d'identité. (…)
> AC3 : En plus il a trois garçons !
> AC10 : On perd notre oralité avec les papiers. Mais le papier c'est une nature morte ! Le papier, il ne définit pas le bonhomme ! Le papier tout le monde peut le lire, tu peux même le lire en chantant !
>
> [Une autre affaire est entendue entre temps, mais la conversation continue concernant la demande d'ajout de nom de famille.]
>
> AC3 : Ça existe de porter deux noms en droit coutumier ?
> AC10 : C'est vrai c'est bizarre…
> Le juge : Moi je n'ai jamais vu [en dehors du tribunal] mais j'ai déjà vu passer plein de demandes. Ou alors des demandes pour annuler le nom du papa, surtout quand la coutume [le « geste »] n'a pas été faite. Nous on ne peut pas remettre en cause l'acte coutumier. Ceci dit, en droit commun avant c'était la même chose que la coutume[2] puisque c'était un droit patriarcal.

---

[1] Je rappelle ici l'extrême sous-représentation des femmes au sein de la fonction d'assesseur coutumier. Les dernières listes que j'ai pu consulter pour l'année 2017 en mentionnaient trois, pour une soixantaine d'assesseurs coutumiers en tout. C. Salomon a eu accès aux listes de 2019 et n'en recense que cinq pour cinquante-six assesseurs en tout. SALOMON, Christine. « Réponses aux violences de genre en Nouvelle-Calédonie ». *Op. cit.* p. 83 note 16

[2] Je pense que ce à quoi le juge fait référence c'est que le père de famille est historiquement celui qui bénéficie de l'ensemble des pouvoirs relatifs à l'autorité parentale. Historiquement, la loi du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale a pour ambition de mettre en œuvre une conception plus juste et plus

AC3 : Alors peut-être qu'il faudrait qu'ils changent de statut pour faire ça.
Le juge : Oui en droit commun vous faites ce que vous voulez – comme pour le transsexuel. Mais vous n'allez pas les pousser à changer de statut quand même ? Après il n'y a plus d'identité!
AC10 : Oui mais à l'allure où vont les choses … »

Cette affaire met en exergue plusieurs points intéressants. Tout d'abord pour compléter le préalable coutumier qui se dessine au fil des affaires entendues, il y a la dichotomie traditionnelle entre filles et garçons qui envisage le départ systématique des unes et la perpétuation obligatoire de la lignée pour les autre. Les juridictions coutumières contribuent par là à (re)produire une dynamique patriarcale au sein des normes coutumières qu'ils appliquent. Les affaires prennent une autre tournure quand les demandes sortent du cadre coutumier, et que les enfants sont des garçons : elles sont encore plus problématiques. Ici le fait que le père ait trois garçons rend ses écarts de conduite encore moins pardonnables. B. Trépied relève dans ses propres observations des juridictions coutumières que

> « Le juge et les assesseurs coutumiers reprennent ici à leur compte une idéologie traditionnelle de la hiérarchie garçons / filles, au sein de laquelle les premiers se doivent de perpétuer le clan paternel, tandis que les secondes sont appelées à terme à le quitter, pour rejoindre le clan de leur mari. Cette idéologie tend à conférer une plus grande valeur sociale aux garçons qu'aux filles d'un point de vue « clanique », ce qui peut expliquer la relative souplesse – ou le relatif désintérêt – des juridictions coutumières vis-à-vis de la résidence des filles, en comparaison de celle des garçons. » [1]

---

humaine de la réalité familiale : la toute-puissance paternelle est remplacée par l'autorité parentale qui échoit désormais aux deux parents. Si le père et la mère sont divorcés ou séparés de corps, l'autorité parentale est exercée par celui d'entre eux à qui le tribunal a confié la garde de l'enfant. Cette loi fait donc un grand pas en avant, mais uniquement pour les couples mariés, au sein desquels le père et la mère doivent maintenant partager un droit et un devoir de garde, de surveillance et d'éducation. La famille divorcée et la famille naturelle sont ignorées. La loi du 22 juillet 1987 veut remédier à ce dysfonctionnement en créant le principe de la coparentalité qui doit exister même en cas de divorce : ainsi, lorsque les parents divorcent, l'autorité parentale sera exercée en commun, ou par l'un des deux parents seulement, en fonction de l'intérêt de l'enfant. Le juge sera chargé de désigner le parent chez qui l'enfant aura sa résidence principale. La loi du 8 janvier 1993 place l'autorité parentale comme le principe, et confère à l'enfant, quelle que soit sa filiation (légitime ou naturelle), le droit d'être élevé par ses deux parents. Ainsi, en cas de divorce, l'exercice en commun de l'autorité parentale devient la règle, à laquelle il sera dérogé uniquement dans l'intérêt de l'enfant. Le juge intervient pour fixer la résidence de l'enfant, en cas de mésentente des parents, et non plus systématiquement. Finalement c'est la loi du 4 mars 2002 qui consacre le principe de la coparentalité, que j'ai évoqué dans le corps du texte, plus haut. GOLDIE-GENICON, Charlotte, François TERRE, et Dominique FENOUILLET. *Droit civil: la famille*. Paris : Dalloz, 2018. p. 1257.

[1] TREPIED, Benoît. « "Vous avez oublié que vous êtes Kanak !" La justice coutumière face aux nouvelles relations familiales kanak ». *Op. cit.* p. 223-224

On peut émettre l'hypothèse que la demande de la mère est une réaction influencée par la conception d'une application relativement stricte des règles coutumières produites par les juridictions. En vertu du préalable coutumier dont découle un certain nombre de conséquences juridiques, elle veut probablement s'assurer que le père ne puisse pas prétendre reprendre les enfants parce que ceux-ci portent son patronyme. On pourrait imaginer que la jurisprudence des tribunaux coutumiers ait créée des craintes et des crispations autour des appartenances claniques des enfants et de leurs patronymes. L'affaire suivante fait fortement écho à celle-ci non seulement dans les enjeux qu'elle soulève, mais aussi dans la manière que la juridiction coutumière va avoir de s'en saisir.

Affaire N7

Dans l'affaire N7, une mère seule se présente à l'audience. Elle indique qu'elle est mère de trois enfants, dont deux reconnus coutumièrement par le père. Selon le dossier lu à haute voix pas le juge, la demande de pension alimentaire ne concerne que les enfants reconnus (qui portent donc le nom du père). Elle élève les enfants seule depuis 2008. Depuis 2013 elle vit à Nouméa, et indique que le père ne voit plus les enfants. La mère veut surtout la garde des enfants pour les bourses et se désiste finalement de la demande de pension alimentaire (malgré les encouragements du juge à la maintenir). Le père boit beaucoup selon la mère et il n'a pas de téléphone portable. Elle explique que le déménagement à Nouméa est une tentative pour éloigner les enfants de leur père. La mère demande si les enfants peuvent rester avec elle et décider à leur majorité d'où ils veulent vivre.

Elle est inquiète de la possibilité que le père puisse reprendre les enfants parce qu'ils portent son patronyme. Elle demande s'il serait possible de leur redonner son nom de famille à elle, pour être sûre qu'elle puisse garder ses enfants. Le juge lui indique que pour changer le nom des enfants il faut « faire le chemin coutumier inverse », pour défaire les accords passés entre clans, même si les parents ne sont pas mariés. Il la redirige vers les OPC si elle souhaite aller au bout de la procédure.

À la sortie des justiciables le juge et les assesseurs coutumiers constatent à quel point « la coutume n'est pas respectée » par les justiciables. Ils invectivent les défaillances des pères constatés fréquemment lors des audiences. Ils expriment leur compassion vis-à-vis de la mère mais restent interloqués par les demandes de changement de patronyme des enfants.

Dans l'affaire N6 (p. 199) comme dans l'affaire N7 (p. 202), un paradoxe émerge puisque les demandes de ces mères sont probablement provoquées par une application rigoureuse des règles coutumières appliquées par les chambres coutumières elles-mêmes en termes de filiation. Pour autant, les chambres coutumières se donnent pour mission de « protéger la coutume », en vérifiant l'application de celle-ci – sans pour autant « faire fuir » les justiciables selon les termes des magistrats.

Hugues Fulchiron a réalisé une étude systématique de la jurisprudence coutumière concernant la filiation[1]. Il relève que le travail de « cristallisation » autour du cadre coutumier adopté par les juridictions a été façonné principalement entre 2010 et 2014, quand R. Lafargue était conseiller à la Cour d'appel de Nouméa et qu'il travaillait en collaboration étroite avec deux autres magistrats de première instance (les magistrats M1 et M2). Les décisions de la Cour d'appel produisent à ce moment des décisions foisonnantes de détails qui entérinent la nécessité du « geste coutumier » par le père et son clan et son acceptation par la mère et son clan pour qu'un enfant soit reconnu dans les règles coutumières. Une fois cet accord entériné la filiation établie ne peut plus être remise en cause. La juridiction coutumière avait affirmé en 2011 que

> « la notion de paternité dans la coutume ne revêt pas le même sens que dans le droit commun : le père est celui qui va créer le statut social de l'enfant, en lui donnant un patronyme qui l'enracine dans la terre »[2].

Autrement dit, une fois la filiation établie et le patronyme donné, il semblerait que les juridictions coutumières soient réfractaires à revenir sur ce qui a été décidé. Une manière de contourner ce malaise dans les affaires N6 et N7 est de rediriger les justiciables vers les OPC. Bien que ces démarches provoquent ostensiblement des résistances parmi les juges et les assesseurs coutumiers, ils ne cherchent pas à s'y opposer mais vont déléguer ou déplacer, en quelque sorte la prise de décision finale. Il y a ici, à nouveau, une tension entre le contenu des règles, et les processus décisionnels.

Ce raisonnement permet d'emprunter une voie médiane et d'adopter une posture plus souple vis-à-vis des justiciables pour ne pas les « perdre » (« Vous n'allez pas les pousser à changer de statut quand même ! »). Cette posture va de pair avec une autre de mes observations, soit

---

[1] FULCHIRON, Hugues. « La filiation » *La coutume Kanak dans le pluralisme juridique calédonien*. Nouméa : Presses Universitaires de Nouvelle-Calédonie, 2018, p. 56-84.

[2] TPI de Nouméa, 21 février 2011, RG 9-451 cité dans *Ibid.* p. 53

l'affirmation d'un rôle que le tribunal coutumier se donne, qui est celui de « gardien » ou « conservatoire de la coutume ».

Affaire N8

L'affaire N8 porte sur une délégation d'autorité parentale[1]. Un homme seul entre dans la salle. Il s'agit de l'oncle de l'enfant concerné qui souhaite obtenir une délégation parentale, ayant obtenu l'accord de la mère et du père (son petit frère).

Il rappelle les faits : les deux parents seraient « défaillants » selon lui, puisqu'aucun des deux ne travaille. Les « gestes coutumiers » ont été faits pour « réserver » la mère (voir plus haut), mais le mariage coutumier n'a jamais eu lieu puisque les parents se sont séparés avant cela. Il s'exprime comme un chef de famille, il met en avant son « rôle coutumier » d'oncle paternel et son devoir d'être « exemplaire ». L'enfant a été recueilli en avril 2016[2]. La petite leur appartient déjà coutumièrement, selon lui, puisque c'est la première fille née du petit frère. Le grand frère ne souhaite pas couper les ponts avec le clan maternel ; d'où la demande de délégation d'autorité parentale plutôt que d'adoption coutumière[3].

Le juge, tenu par le cadre coutumier habituel, rappelle que les parents ne sont pas mariés, et que les « gestes coutumiers » qui ont été faits sont ceux pour « réserver la femme » et non pas ceux pour « réserver l'enfant ». Le justiciable ne réagit pas à cette remarque, ni pour confirmer ni pour infirmer le raisonnement du juge. Suivant son raisonnement, le juge souligne que la mère peut encore s'opposer à cette délégation d'autorité parentale puisque sans mariage ce sont

[1] Voir affaire K1 pour la définition de la délégation d'autorité parentale.

[2] L'audience a lieu en août de la même année.

[3] L'adoption coutumière est une pratique très répandue dans les milieux kanak. Il peut s'apparenter à un « don d'enfant » qui permet traditionnellement une alliance entre clans, mais qui se pratique également dans le cas où un couple n'a pas d'enfants, qu'un enfant naît hors mariage, ou que les parents biologiques (surtout la mère) ne peuvent pas prendre l'enfant en charge. La procédure d'adoption coutumière est réglée devant un OPC et n'est pas du ressort du tribunal.

Pour une approche anthropologique et localisée, voir LEBLIC, Isabelle. « Adoptions et transferts d'enfants dans la région de Ponérihouen » *En pays kanak : Ethnologie, linguistique, archéologie, histoire de la Nouvelle Calédonie*. Paris : Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 2000, p. 49-67. ; SALOMON, Christine et Christine HAMELIN. « Beyond Normative Discourse: Adoption and Violence Against Women in New-Caledonia », *Pacific Studies*. 2008, vol.31 No. 3/4. p. 131-155.

Pour une étude de la jurisprudence sur la question, voir FULCHIRON, Hugues. « La filiation ». *Op. cit.*

Pour une approche régionale, voir DICKERSON-PUTMAN, Jeannette et Judith SCHACHTER (éd.). *Relative Power: Changing Interpretations of Fosterage and Adoption in Pacific Island Societies*. Hawai'i : Pacific Studies Journal, 2008.

les oncles utérins qui devraient récupérer l'enfant selon lui. À cela le grand frère réplique : « Vous c'est votre point de vue du droit commun ; nous coutumièrement, elle nous appartient déjà. » Le juge répond au grand frère : « Mais le tribunal ne fait que du droit coutumier, soyez-en convaincu ! »

Après ce bras de fer entre le juge et le justiciable, et le départ de ce dernier, le juge en discute avec les assesseurs coutumiers, qui ne sont pas intervenus. Selon le juge, le grand frère a « plaidé son cas en droit commun », en pensant que l'argument coutumier aurait moins d'importance que la situation financière ou l'apparente défaillance des parents biologiques, ce qui interloque et amuse le juge qui rappelle à l'assemblée (les assesseurs coutumiers et moi-même) que « nous sommes dans un tribunal coutumier ! ». Il affirme ainsi une vision culturaliste non seulement à l'égard du justiciable, mais également dans la vision qu'il rend de la juridiction coutumière.

Il n'a pas été précisé pendant l'audience quel patronyme portait l'enfant en question. En considérant les interactions entre le juge et le justiciable – et l'absence de réaction de ce dernier quand le « geste coutumier » pour « prendre l'enfant » est évoqué par le juge - on peut déduire que l'enfant porte probablement le patronyme de la mère, autrement le juge aurait vraisemblablement posé frontalement la question de l'accomplissement du « geste coutumier » pour clarifier la situation.

Toujours est-il que quand les justiciables évoquent une coutume pour contrer la règle coutumière établie au sein des juridictions coutumières, le juge, plus encore que les assesseurs coutumiers, tient à réaffirmer l'identité et le rôle du tribunal – illustrant la différence théorisée par A. Watson entre « coutume » et « droit coutumier », ce dernier relevant d'une autorité compétente pour le déclarer comme tel[1].

4) La rigidité du « cadre coutumier »

La série de cas présentée ci-dessus permet de montrer comment les tribunaux coutumiers ont véritablement cristallisé le principe du « geste coutumier » pour la reconnaissance paternelle de l'enfant. Ceci a plusieurs conséquences, la paternité n'est reconnue que si le geste a été effectué (y compris dans certains cas, quand l'enfant est tout de même reconnu à l'état civil coutumier, comme dans les affaires N4, p. 183 et N5, p. 187). La mère et son clan peuvent refuser ce geste sans avoir à se justifier. En revanche lorsque le geste est accepté, il fige le rôle de « père

[1] WATSON, Alan. « An Approach to Customary Law ». *Op. cit.*

coutumier » comme relais de l'éducation coutumière des enfants (notamment concernant les garçons, comme l'attestent les affaires N1, N2, N3 et N6[1]) et pourvoyeur pour ses enfants, ce qui rend la demande d'une pension alimentaire de sa part inadmissible (affaire N3, p. 179). La logique de production du droit coutumier a tendance à favoriser certaines formes familiales – celles qui se conforment à « la coutume » - et ont tendance à marginaliser d'autres types d'arrangement familiaux[2] – notamment des parents qui ne s'y conformeraient pas (tous les cas où le « geste coutumier » n'a pas été effectué) et à la division genrée de la parentalité[3] (comme dans l'affaire N3 à nouveau).

Ces principes sautent aux yeux pendant les observations d'audience mais ils tirent leur origine d'une jurisprudence créée au cours d'un dialogue entre les Tribunaux de première instance, et la Cour d'appel de Nouméa, pendant que R. Lafargue y siégeait comme conseiller (2010-2015). La plupart des assesseurs coutumiers siègent dans les juridictions depuis de nombreuses années et une grande majorité d'entre eux étaient déjà présents à cette époque. Ceci ajouté au fait que les magistrats actuels ont accès à une base jurisprudentielle écrite conséquente, a pour résultat la pérennité de l'importance du « geste coutumier » et des conséquences juridique qui en résultent.

Des études systématiques de la jurisprudence des chambres coutumières sur différents aspects du droit de la famille ont analysé des décisions antérieures à 2010 qui suivent des logiques totalement différentes et n'admettent pas systématiquement ce cadre coutumier[4]. Quelques décisions ont ainsi contourné la nécessité de ce « geste coutumier » pour faire valoir

---

[1] Voir les tableaux récapitulatifs des différentes sections, p.172, p. 182 et p.195.

[2] Le contrôle du droit sur les configurations familiales est un argument récurrent dans les recherches sur les tribunaux familiaux, y compris en droit civil. Voir BESSIERE, Céline, Emilie BILAND, Benoît COQUARD, et al. *Au tribunal des couples*. *Op. cit.* ; COQUARD, Benoît, Aurélie FILLOD-CHABAUD, Muriel MILLE, et al. « Des familles au tribunal », *Mouvements*. 18 mai 2015, n° 82 No. 2. p. 58-65. ; MINOC, Julie. « (Dés)ordres familiaux à la loupe. Les normes maternelles et paternelles au prisme de l'enquête sociale », *Droit et société*. 2017, vol.95 No. 1. p. 71-86. ; BLANCHY, Sophie. « Les familles face au nouveau droit local à Mayotte. Continuité, adaptation et redéfinition des pratiques », *Ethnologie française*. 2018, vol.169 No. 1. p. 47-56.

[3] BILAND, Émilie, Sibylle GOLLAC, Hélène OEHMICHEN, et al. « La classe, le genre, le territoire ». *Op. cit.*

[4] DEUMIER, Pascale. « Synthèse ». *Op. cit.*

un « côté humain »[1], des « cas exceptionnels et particuliers »[2] et ont été confirmées par la Cour d'appel de Nouméa[3]. Cette souplesse est devenue inhabituelle.

Cette rigidification qui soutient la production du droit coutumier provoque des tensions chez les justiciables qui cherchent à s'en extraire (affaires N6 et N7) ou qui la remettent en cause (affaire N8). Ces remises en cause provoquent une réaction de réaffirmation du rôle du tribunal. B. Trépied observait déjà des « rappels à l'ordre coutumiers » similaires :

> « Pour les juges et les assesseurs coutumiers, la manifestation de cette indépendance parentale vis-à-vis des clans et de la coutume constitue l'expression d'une parentalité kanak illégitime, qu'il convient de sanctionner et de disqualifier: « vous avez fait les choses tous seuls », [sans demander l'autorisation des clans concernés]. D'où des rappels à l'ordre « identitaires » répétés et symboliquement très violents (« vous êtes Kanak ») qui insistent sur la nature prétendument collective de cette identité (« vous n'êtes pas un », « vous êtes pas seule, il y a des gens derrière vous »). »[4]

Cette posture est visible également dans le matériel empirique analysé plus haut. Un assesseur affirme ainsi à un justiciable « C'est notre coutume il faut s'en occuper » dans l'affaire N2 pour encourager le père à contribuer aux frais d'éducation des enfants en dépit du fait que la mère a affirmé ne pas demander de pension alimentaire. Dans l'affaire N3 le justiciable se fait rappeler « vous êtes de statut coutumier ! » pour expliquer le fait qu'il ne puisse pas demander de pension alimentaire même s'il s'occupe des enfants globalement à plein temps. Dans l'affaire N6, la mère qui demande si elle pourrait rajouter son nom de famille à celui du père pour ses enfants, se voit rappeler que « Votre nom de famille ne vous appartient pas à vous, mais à votre clan. On n'est pas propriétaire de son nom puisque c'est toute une lignée d'ancêtres qui ont transmis le nom. » Enfin, face aux potentielles résistances de certains justiciables, le juge n'hésite pas à rappeler que « le tribunal ne fait que du droit coutumier, soyez-en convaincu ! » comme dans l'affaire N8.

[1] TPI de Nouméa, 17 mai 1999, RG RG97-1190, cité dans FULCHIRON, Hugues. « La filiation ». *Op. cit.* p. 66

[2] TPI de Nouméa, 28 juin 1999, RG 97001190 MT, cité dans PARISOT, Valérie et Sandrine SANA-CHAILLE DE NERE. « La méthode conflictuelle, une méthode de résolution du conflit de normes adaptée à l'intégration de la coutume dans le corpus juridique calédonien ». *Op. cit.* p. 446

[3] Cour d'appel de Nouméa, 23 novembre 2000, RG 352-99 cité dans FULCHIRON, Hugues. « La filiation ». *Op. cit.* p. 66.

[4] TREPIED, Benoît. « "Vous avez oublié que vous êtes Kanak !" La justice coutumière face aux nouvelles relations familiales kanak ». *Op. cit.* p. 219

Ces postures assumées devant les justiciables sont encore plus visibles dans les interactions entre professionnels du droit (juge et assesseurs coutumiers). Le juge comme les assesseurs coutumiers donnent l'impression de vouloir protéger « la coutume » malgré le comportement catégorisés comme non coutumiers des justiciables. Un des juges que j'ai observé affirmait par exemple entre deux affaires qu'il avait «l'impression que ceux qui viennent aux audiences coutumières sont ceux qui ne connaissent pas la coutume ». Ou encore qu'il avait « l'impression d'être plus kanak que les kanak ! ». Cette position de « gardien de la coutume » est partagée par les assesseurs coutumiers : « Il y en a qui ont de kanak que la peau. Avant il n'y avait pas de problèmes… ».

En dépit de tout, il est intéressant de constater que ce que « fait » le tribunal concrètement et qui provoque souvent cette rigidité, c'est de s'appuyer sur des « gestes coutumiers » faits à l'extérieur du tribunal et constatés par d'autres autorités. Malgré l'invocation symbolique de « la coutume », ce qui est pris en compte dans le raisonnement juridique, est une opération de vérification formelle.

La série de cas suivante tend à montrer comment une grande partie des affaires coutumières tournent autour de l'accord des chefs de clans, matérialisés par un « acte coutumier » produit par les OPC. L'exigence de présentation de ce document peut parfois être perçue comme une violence puisqu'elle peine à prendre en compte la précarité de la situation de certains justiciables. En effet, l'affaire est renvoyée jusqu'à la production du document, ce qui peut sembler dangereux dans le cadre de violences conjugales par exemple[1]. L'exigence de production du document peut également mettre en lumière un décalage avec le vécu des justiciables, qui, par exemple, ne savent pas qui est leur chef de clan, ou bien ce que sont les OPC et où les trouver.

B - L'omniprésence des actes coutumiers dans les différentes sphères de la vie intime

Les affaires dans lesquelles l'exigence de présenter un acte coutumier est la plus marquée sont tout d'abord les dissolutions de mariage, puisqu'un nombre important d'affaires est renvoyé, soit parce que les OPC ne sont pas joignables, soit parce que l'un des deux clans (ou

[1] Il existe bien sûr la possibilité de prendre des mesures provisoires, mais je ne peux que constater le nombre important d'affaires renvoyées à cause d'un acte coutumier manquant, non pas à cause de la mauvaise volonté des justiciables, mais bien souvent parce que ceux-ci sont difficiles à obtenir pour plusieurs raisons comme nous allons le voir.

des époux) refuse la dissolution. En deuxième lieu, j'ai pu constater que l'acte coutumier était indispensable dans les changements de prénoms (comme ce que j'ai pu constater pour les demandes de changements de noms de famille plus haut, dans les affaires N6 et N7[1]). Enfin les demandes de changement de statut sont intéressantes à l'égard des actes coutumiers puisque quand il s'agit de demandes pour accéder au statut coutumier, les actes coutumiers sont indispensables, mais quand il s'agit d'accéder au statut de droit commun (en renonçant au statut coutumier), aucun document n'est à produire – pourtant les justiciables offrent toujours des justifications à l'audience, dont on peut potentiellement tirer des enseignements.

1) La dissolution d'un mariage coutumier

Parmi les seize demandes de dissolution du mariage que j'ai pu observer, une minorité s'est déroulée sans heurts, les parties étant en mesure de fournir le document incontournable, à savoir un acte coutumier attestant de l'accord des deux clans. En principe, la dissolution du mariage est acquise par une déclaration devant l'OPC, qui l'enregistre à l'état civil coutumier. La procédure est ainsi théoriquement déjudiciarisée. Néanmoins, les juridictions coutumières sont saisies à titre subsidiaire, d'autant plus, en cas de désaccord des clans[2]. Ceci explique qu'une bonne partie des affaires que j'ai pu observer étaient renvoyées parce que l'acte coutumier n'avait pas pu être produit avant l'audience. Il arrive également que les OPC soient difficiles à joindre, et que les affaires se voient prolongées. De ce fait, il est arrivé que des mesures provisoires soient mises en place en raison de violences conjugales notamment. En effet, dans la quasi-totalité des demandes de dissolution du mariage que j'ai observées, bien souvent, une des raisons de la demande de séparation, sont des violences conjugales de la part du conjoint. Mes observations tendant donc à confirmer l'étude d'Antoine Nallet qui, se basant sur un échantillon de cinquante décisions affirme que « les demandes en dissolution du mariage sont principalement dues à des faits de violences et/ou d'adultère du mari »[3].

[1] Voir tableau récapitulatif, p. 195.

[2] Voir NALLET, Antoine. « La dissolution du mariage » *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*. Nouméa : Presses Universitaires de Nouvelle-Calédonie, 2018, p. 85-90.

[3] Il cite à l'appui de son argument plusieurs décisions du TPI de Nouméa (16 août 2010, RG 10-789 ; 5 février 2013, RG 12-171 ; 9 janvier 2015, RG 14-312) ainsi que plusieurs décisions de la Cour d'appel de Nouméa (19 avril 1993, RG 43-92 ; 15 janvier 1998, RG 401-97 ; 15 novembre 1999, RG 84-99 et 20 avril 2000 RG 211-99). Voir *Ibid.* p. 86

Les actes coutumiers et l'externalisation du contrôle des processus coutumiers					
	Lieu et date	**Thèmes abordés**	**Invocations de la coutume**	**Avocats**	**Référence**
De la difficulté de se séparer quand on est plus que deux					
N9	TPI de Nouméa Juillet 2016	Demande de dissolution du mariage	Difficulté à joindre les OPC Clan de l'épouse opposé	Oui	211
N10	TPI de Nouméa Août 2017	Demande de dissolution de mariage	Dissolution « pour faute » Absence de motivation sur l'acte coutumier	Oui	214
Décider de son prénom					
N11	TPI de Nouméa Juillet 2016	Changement de prénom (erreur sur l'acte de naissance)	Acte coutumier incontournable, même pour une personne relativement déconnectée de son clan	Non	216
N12	TPI de Nouméa Juillet 2016	Rajout de prénom	Attestations de l'entourage ne suffisent pas, il faut aussi une attestation du chef de clan, en dépit de la potentielle difficulté à obtenir le document dont le tribunal a conscience	Non	216
Venir et s'en aller : d'un statut à l'autre					
K4	Audiences foraines, Poindimié 1 août 2016 (Formation irrégulière)	Changement de statut (vers le droit coutumier)	Justiciable bien informé et bien inséré coutumièrement Fait la demande pour ses fils pour des questions de succession de terres coutumières	Non	222
N13	TPI de Nouméa 10 août 2017	Changement de statut (vers le droit commun)	Mère de famille qui justifie son changement de statut pour se protéger de potentiels accaparements de biens au nom de la coutume	Non	225
N14	TPI de Nouméa 10 août 2017	Changement de statut (vers le droit commun)	Idem	Non	225

L'affaire N9

Dans l'affaire N9, un justiciable seulement se présente, accompagné de son avocate. Il est à l'origine de la demande de dissolution, ce qui est suffisamment rare pour que le juge, le remarque à voix haute. Les assesseurs coutumiers soulignent au juge que le justiciable fait partie d'une chefferie coutumière « importante » - sans que l'on sache à quoi cette importance fait référence exactement. Le juge note toutefois que le dossier ne contient pas les actes coutumiers constatant l'accord des clans. Il rappelle que pour que la dissolution soit traitée au tribunal, il faut que les deux clans aient préalablement marqué leur accord écrit auprès des OPC. L'avocate souligne qu'elle a essayé de les contacter plusieurs fois pour formaliser la séparation, mais qu'ils restent injoignables. La greffière remarque que ceux-ci ne répondent jamais aux avocats et elle recommande au mari de s'adresser directement à eux.

Le juge revient et insiste sur la procédure : l'OPC doit convoquer les personnes concernées, ainsi que les représentants de leurs clans respectifs pour dresser un procès-verbal, de palabre, appelé acte coutumier. Sans ce document, l'affaire est irrecevable par la juridiction coutumière.

L'avocate explique qu'il semblerait que le clan de l'épouse ne soit pas favorable à cette dissolution, ce qui pourrait être un facteur de complication. Le juge répond que l'OPC doit les convoquer dans tous les cas, et faire un acte de carence pour constater le désaccord si nécessaire. En attendant ce document, le juge renvoie l'affaire à décembre[1], sur les recommandations de la greffière qui estime que l'obtention du document prendra encore un certain temps.

Malgré le fait qu'il existe des mécanismes pour constater un désaccord des clans, la production de l'acte coutumier est un facteur d'allongement de la procédure. Les avocats dont la présence pendant mes observations était quasi systématique dans les affaires de dissolution du mariage, expriment tous des difficultés à communiquer avec les OPC et doivent parfois demander aux justiciables de les contacter eux-mêmes[2]. Le fait que les OPC ne communiquent

---

[1] Soit six mois plus tard, puisque l'affaire décrite ici a lieu en juillet. Voir tableau récapitulatif en début de section, p. 209.

[2] Bien que j'avais l'intention de rencontrer et de m'entretenir avec des Officiers publics coutumiers, je me suis heurtée systématiquement à leur injoignabilité et dans un autre cas à leur « devoir de réserve ». Le rapport dirigé par Christine Demmer pour la Mission Droit et justice fait état de ces mêmes difficultés mais l'équipe a réussi tout de même à s'entretenir avec quelques OPC. Voir notamment la contribution de Jean-Louis Halpérin « Les Kanak chez les notaires et face aux OPC » dans DEMMER, Christine. *Faire*

jamais directement avec les avocats est un fait qui a été plusieurs fois évoqué au cours de mes observations d'audiences par les différents acteurs du droit (magistrats, greffiers, avocats), mais personne n'est en mesure d'offrir une explication quant à ce constat. Une évidence est que les OPC ne sont probablement pas assez nombreux par rapport au domaine de compétence qui leur a été attribué[1].

Toujours est-il que la nécessité de présenter un acte coutumier pour dissoudre un mariage coutumier est une interprétation jurisprudentielle. La délibération la délibération n°424 du 3 avril 1967 qui régit encore l'état civil coutumier actuellement[2], affirme que les procédures concernant le nom de famille, les adoptions coutumières, le mariage entre citoyens de statut civil particulier, de même que sur la dissolution du mariage, sont « régies par la coutume ». Aucune précision n'est donnée sur d'éventuelles règles substantielles qui régiraient ces différentes procédures « coutumières ». L'obligation de présenter un acte coutumier pour dissoudre un mariage coutumier est donc une construction jurisprudentielle. L'arrêt qui entérine l'obligation de manière emblématique est encore un arrêt où R. Lafargue est conseiller à la Cour d'appel de Nouméa[3]. La Cour d'appel répond aux demandes d'une justiciable qui fait face à des violences conjugales pour lesquelles son compagnon a été incarcéré, et demande une dissolution du mariage, auquel le clan de son mari s'oppose, bien que celui-ci ait donné son accord écrit. Le tribunal de première instance avait renvoyé l'affaire une première fois pour que les parties puissent saisir les OPC, mais à la seconde audience, l'avocat de l'épouse a demandé au tribunal de passer outre l'exigence de production d'un acte coutumier puisque le chef de clan de l'époux avait été vainement sollicité plusieurs fois, qu'il ne s'était jamais présenté aux audiences du tribunal non plus et qu'il avait de surcroit déclaré oralement son désaccord. Le refus du chef de clan et l'impossibilité de le rencontrer était pour cette justiciable la preuve suffisante du désaccord des clans. Comme du surcroit, les époux étaient d'accord et que le clan de l'épouse avait marqué son accord écrit, elle demandait au tribunal de statuer en dépit de

---

de la coutume kanak un droit. Enjeux, histoire, questionnements. *Op. cit.* p. 164-168Ainsi que HALPERIN, Jean-Louis. « Entre droit coutumier et droit civil ». *Op. cit.* p. 150-155

[1] Entretien avec Louis Waia, Directeur de la gestion et de la règlementation des affaires coutumières (DGRAC), Nouméa, 4 juillet 2017. Voir aussi HALPERIN, Jean-Louis. « Entre droit coutumier et droit civil ». *Op. cit.* ; HALPERIN, Jean-Louis. « La coutume en Nouvelle-Calédonie en attente de décisionnaire(s)? » *Les décisionnaires et la coutume: contribution à la fabrique de la norme*. Toulouse : Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2017, p. 465-480.

[2] Voir l'introduction générale.

[3] Cour d'appel de Nouméa, 30 octobre 2014, RG 13/225

l'absence d'acte coutumier. Elle remettait également en cause l'obligation pour les parties de produire nécessairement un acte coutumier pour dissoudre l'union, la délibération de 1967 ne disant rien d'explicite à ce sujet.

Le tribunal a déclaré la demande irrecevable en l'absence d'acte coutumier attestant de la carence ou du refus des clans, de s'accorder sur la dissolution. Cette décision rappelle également que l'article 44 de la délibération de 1967 prévoit que « la déclaration de dissolution du mariage devra en être faite (…) dans les conditions prévues pour le mariage », et que « la dissolution du mariage est régie par la coutume ». Le TPI estime donc qu'il y a un parallélisme entre le mariage coutumier, déclaré devant l'OPC et la dissolution de celui-ci et que « le préalable coutumier, lequel constitue le pendant de la compétence exclusive qui revient aux clans dans la décision de former l'union, revêt un caractère d'ordre public »[1]. L'acte coutumier conditionne donc la recevabilité de l'action devant la juridiction coutumière.

Dans la procédure d'appel, la justiciable conteste le parallélisme mis en avant par le TPI et affirme qu'« il apparaît que les exigences du tribunal, quant à la tenue devant un OPC d'un palabre de dissolution réunissant les chefs de clans et les époux, sont dépourvues de tout fondement légal ou réglementaire »[2]. Elle soutient aussi que

> « C'est tout de même un comble de contraindre la victime de tels faits à endosser la responsabilité morale, financière et pratique des démarches préalables, tout en laissant libre choix à l'auteur de ces faits de ne rien faire, de ne pas intervenir auprès de son chef de clan ou de ne pas se déplacer [...] C'est contraindre les victimes de violences conjugales à apporter une preuve impossible puisque cette preuve dépend du bon vouloir de l'auteur des violences »[3]

et qu'une telle jurisprudence est

> « une rupture d'égalité entre les citoyens en ce qu'elle oblige les requérants à des formalités préalables longues, coûteuses et complexes uniquement lorsqu'ils sont de statut coutumier ».[4]

La Cour d'appel se positionne cependant sur le caractère incontournable des actes coutumiers en rappelant que « les clans réunis ne se bornent pas à émettre un simple "avis" comme le prétend l'appelante, mais prennent une décision exécutoire » et que « la délibération

[1] TPI de Nouméa, 5 février 2013, 12/171

[2] Cour d'appel de Nouméa, 30 octobre 2014, RG 13/225

[3] *Ibid.*

[4] *Ibid.*

de 1967 a instauré un passage obligé devant les clans réunis (et non les seuls chefs de clan) et une compétence subsidiaire au profit des juridictions » et qu'il

> « en résulterait la possibilité de contourner le "préalable coutumier" et la plénitude de compétence des clans pour résoudre un litige inter-clanique, au profit de la saisie directe de la juridiction »[1].

La Cour d'appel conclut ainsi que

> « l'absence de ces pièces prouve le refus catégorique et persistant de l'appelante à se conformer à un système juridique dont elle récuse, par la voix de son conseil, la légitimité, au prix d'une dénaturation des faits doublée d'une dénaturation des motifs des premiers juges et d'une méconnaissance délibérée des règles coutumières et des textes qui en assurent l'expression »[2].

Elle condamne ainsi la justiciable à supporter l'entièreté des dépenses.

Cette obligation de présenter un acte coutumier a été complètement intégrée aux pratiques des tribunaux coutumiers et constitue aujourd'hui une exigence à part entière pour les juridictions coutumières. Néanmoins, j'ai assisté à de nombreuses reprises à la remise en cause de la légitimité de ces actes, par le tribunal, qui met beaucoup en doute l'institution que sont les OPC.

L'affaire N10

Dans l'affaire N10, seuls les deux avocates prennent la parole au nom des parties, qui souhaitent dissoudre leur mariage coutumier « pour faute » - qualification retenue à l'insistance du mari. L'avocate de la justiciable accepte pour ne pas entrer dans des « propos désobligeants » comme il y a pu en avoir par le passé. Le dossier est en règle puisqu'un acte coutumier a été fourni par les parties ; pourtant un assesseur coutumier s'adresse au mari :

> « AC10 : Vous avez été mariés coutumièrement ? Vous avez fait le chemin coutumier inverse ? Parce que c'est les clans qui décident, pas vous. Mais si un acte coutumier a été fait, c'est bon.
> Le juge : *A priori* les chefs de clans ont été mis au courant. Nous on ne peut pas contrôler ce que font les OPC.
> AC3 : On ne peut pas non plus dissoudre des clans qui ont été liés par des paroles ! Chez nous [une dissolution de mariage], c'est une séparation des clans. Il faut réunir les chefs de clans et remonter à l'OPC et faire le geste coutumier. [Au mari] Donc c'est vous qui avez le pouvoir sur la femme.

[1] *Ibid*.

[2] *Ibid*.

Mari : Merci. »

L'avocate de la justiciable semble dubitative voire carrément réprobatrice. Le juge n'intervient pas. Celui-ci est occupé à étudier attentivement l'acte coutumier produit par les OPC, qui a été versé au dossier. Il finit par congédier les parties en leur disant qu'ils recevront la décision du tribunal prochainement.

Le juge explique une fois les justiciables partis, que sur l'acte coutumier qui accorde la dissolution, il n'y a aucune motivation. La validité en est discutée entre le juge et les assesseurs coutumiers.

> « Juge : Si on n'accepte pas ces actes coutumiers là [ceux qui sont mal rédigés] on bloque tout et on fait le travail des OPC…Mais ils sont payés pour le faire !
> AC3 : Alors qu'il faudrait renvoyer [l'acte] pour être sûr que les chefs de clans sont consultés. Parfois les OPC prennent leurs décisions seuls ! Sans consulter les chefs de clans!
> Le juge : Mais moi je ne peux pas partir du principe que c'est un faux. Et je ne peux pas convoquer tout le monde [les chefs de clans] à chaque fois… »

Ainsi, bien que les actes coutumiers soient devenus la pièce maitresse dans certaines demandes présentées aux juridictions coutumières – notamment les dissolutions de mariage – j'ai pu observer à de nombreuses reprises, à l'instar de l'affaire N10, des discussions sur le contrôle de validité que peut se permettre ou non la juridiction coutumière - sans remettre en cause les actes coutumiers eux même, mais éventuellement la compétence professionnelle des OPC. Cependant en dépit de cela, il semblerait que dans une grande majorité de cas, les affaires de dissolutions de mariage ne soient pas recevables sans ce document.

L'acte coutumier a été également rendu indispensable dans d'autres domaines, y compris de demandes qui pourraient être considérées comme relevant de décisions individuelles, qui n'auraient pas à impliquer les clans, comme par exemple le choix d'un prénom.

2) Le changement de prénom

Les changements de prénoms, comme tous les autres éléments identifiants qui doivent figurer à l'état civil coutumier sont régies par les délibération de 1967 qui précise qu'il y a trois composantes à l'identité des personnes de statut coutumier :

> « L'identité des citoyens de statut civil particulier comprend trois éléments :
> - le nom patronymique ou nom de famille ;
> - le (ou les) prénom chrétien ;
> - le nom individuel mélanésien. (…). »

Toute modification requiert l'établissement d'un acte coutumier depuis la loi de 2007 relative aux actes coutumiers. Il semblerait que le changement de prénom ne déroge pas à la règle, généralement à la surprise des justiciables, qui tendent spontanément à présenter des attestations de leur entourage proche plutôt.

Les affaires N11 et N12

J'ai observé deux affaires qui portaient sur des demandes de changements de prénoms. S'il s'agissait d'une erreur faite sur l'acte de naissance pour l'affaire N11, dans l'affaire N12, la justiciable veut rajouter le prénom par lequel elle se fait appeler tous les jours, et qui est celui de son arrière-grand-mère. Les deux justiciables (une dame entre deux âges et une jeune femme) viennent toutes les deux de Nouméa et ont toutes deux produit des attestations de leur entourage (leurs conjoints, leurs parents, des amis). Néanmoins les deux affaires ont été renvoyées parce qu'aucune des deux justiciables n'avait d'attestation de son chef de clan. La dame entre deux âges demande où elle peut trouver le contact de son chef de clan. Le juge lui répond qu'il faut voir avec les OPC.

Après que la dame soit sortie de la salle, se pose la question de sa résidence et de son rapport au clan. La dame réside en effet dans le Grand Nouméa[1] où les rapports claniques sont généralement plus distendus qu'en « brousse »[2] selon le juge et les assesseurs coutumiers. Ils se demandent ainsi si elle sera en mesure de produire la bonne attestation, prenant conscience de la difficulté pour certains justiciables de s'aligner avec les exigences du tribunal. S'ensuit une discussion sur l'importance de la coutume et de sa transmission sur un mode beaucoup plus général. Les assesseurs coutumiers constatent qu'il n'y a pas d'éducation coutumière, « on court derrière les règles coutumières, et la coutume pour régulariser des situations ». Les assesseurs coutumiers estiment qu'il y a des règles intermédiaires, comme les « gestes coutumiers » qui existent et qui permettent de ne pas « aller jusqu'au mariage coutumier », mais même ces règles intermédiaires ne sont pas respectées. Les assesseurs coutumiers voudraient que la charte soit davantage travaillée au sein de chaque aire coutumière, y compris dans les villes. Le ressenti du juge est qu'il y a un vrai travail d'apprentissage et de transmission de la culture kanak à

[1] Le Grand Nouméa est le nom donné à l'agglomération de Nouméa et ses environs proches.

[2] La « brousse » est une expression locale qui désigne tout ce qui est en dehors de Nouméa (et donc en dehors des zones urbaines importantes).

faire. Celui-ci exprime souvent son inquiétude sur une potentielle « disparition » de l'identité kanak.

Il n'est pas très étonnant que les discussions autour de « l'identité kanak » ou « coutumière » et de sa supposée « déperdition » surgissent au détour de cas de changements de prénoms, qui semblent anodins mais qui touchent à des débats fondamentaux autour de l'état civil et de ce que celui-ci représente, de surcroit pour les justiciables de statut coutumier[1]. En effet, l'état civil n'est pas une simple administration d'enregistrement des personnes. Agnès Fine a montré dans un ouvrage de 2008 que son élaboration et les usages de l'état civil en disent long sur la manière dont sont pensées les questions d'identité personnelle et d'institution des personnes dans une société[2]. Les principes d'indisponibilité[3] et d'immutabilité[4] attribués à l'état civil sont en effet fréquemment critiqués au regard de revendications individuelles de modifications de l'état civil[5] - comme nous le verrons de manière exemplaire avec l'étude de cas de la demande de changement de sexe à l'état civil coutumier (chapitre suivant). L'état civil intéresse donc à la fois les pouvoirs publics et les personnes[6]. En Nouvelle-Calédonie, comme nous allons le voir dans la section suivante, l'état civil détermine également le régime juridique auquel les

---

[1] BIDAUD-GARON, Christine. « L'état civil coutumier ». *Op. cit.*

[2] FINE, Agnès. *États civils en question*. *Op. cit.* La question est d'autant plus cruciale pour les trans' pour qui le prénom est l'un des attributs cruciaux pour que leur identité soit reconnaissable et reconnue par la société. Voir COURDURIES, Jérôme. « Re-naître à l'autre sexe. Changement de prénom et de sexe à l'état civil ». *Op. cit.* ; HERAULT, Laurence, Jérôme COURDURIES, Christine DOURLENS, et al. *État civil de demain et transidentité. Rapport final*. Rapport Convention n° 215-10-12-15. Mission de recherche Droit & Justice, 2018.

[3] Il s'agit en somme d'un principe affirmé par la Cour de Cassation depuis 1975 (Civ. 1 re , 16 décembre 1975, pourvoi n° 73-10.615, Bull. 1975, I, n° 374) comme un « principe essentiel du droit français », selon lequel un individu ne pourrait disposer de manière pleine et entière de sa personnalité juridique, ni un tiers en son nom. Néanmoins « l'indisponibilité a pâti d'une indétermination de l'objet qu'il avait vocation de protéger ». Il est donc admis qu'un individu puisse changer de situation matrimoniale, de nom, de sexe, de nationalité, mais seulement par l'effet de la loi et non du fait de sa volonté. Voir par exemple EGEA, Pierre. « L'indisponibilité de la personne : Confession d'un masque » in Xavier BIOY (éd.). *La personnalité juridique*. Toulouse : Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2018, p. 181-190.

[4] Ce principe découle du principe d'indisponibilité et renvoie aux caractéristiques d'une personne qu'on ne peut en principe pas changer. En théorie l'état civil est régi par ce principe qui est en pratique soumis à de multiples exceptions comme nous allons le voir.

[5] HERAULT, Laurence, Jérôme COURDURIES, Christine DOURLENS, et al. *État civil de demain et transidentité. Rapport final*. *Op. cit.*

[6] NEIRINCK, Claire. *L'État civil dans tous ses états*. Paris : LGDJ, 2008.

personnes inscrites seront soumises, et le changement de l'un à l'autre délimite en quelque sorte les frontières de compétence de la juridiction coutumière[1].

On peut constater une fois encore le rôle de « gardien de la coutume », que le tribunal a choisi d'endosser. Les juges, davantage que les assesseurs coutumiers jouent souvent un jeu d'équilibriste entre « gardien coutumier » et l'introduction d'une certaine souplesse dans les règles produites par les tribunaux pour ne pas « faire fuir » les justiciables de droit coutumier vers le droit commun, comme le permet le changement de statut.

En d'autres termes, se pose en permanence la question de l'application de la règle coutumière à des cas singuliers. L'intuition du juge et des assesseurs coutumiers ici est que l'acte coutumier sera difficile à obtenir pour ces deux justiciables, et qu'il représente une contrainte pour elles, puisqu'elles n'ont manifestement pas spécialement de liens avec leurs clans (*i.e.* l'une des deux demande à qui s'adresser pour savoir qui est son chef de clan). Frederick Schauer a montré d'un point de vue théorique les spécificités du raisonnement juridique. La particularité principale qu'il relève est

> « qu'il est important de se souvenir que ces formes [de raisonnement] sont bizarres (…). Et cette bizarrerie tient à ce que chacune des principales caractéristiques du raisonnement et de l'argumentation juridiques peut être vue comme un chemin conduisant à une prise de décision différente de la meilleure décision tout bien considéré ».[2]

F. Schauer situe donc la bizarrerie du raisonnement juridique dans le fait que cette forme de raisonnement n'est pas nécessairement à la recherche de « la meilleure décision » dans l'absolu. Le raisonnement juridique chemine en fonction de contraintes qui l'emmènent à des conclusions qui ne sont pas nécessairement les plus efficaces. La solution la plus correct du point de vue de la procédure par exemple, n'est pas nécessairement la meilleure décision dans l'absolu ou dans le cas particulier présenté aux juridictions. Cette caractéristique n'est pas exclusivement l'apanage du raisonnement juridique, mais elle en présente certainement un

[1] DAURIAC, Isabelle. « La différenciation des personnes par l'état civil : expérience calédonienne ». *Op. cit.*

[2] SCHAUER, Frederick. *Penser en juriste: nouvelle introduction au raisonnement juridique*. traduit par Stefan GOLTZBERG. Paris : Dalloz, 2018. p. 7.

condensé. Une autre de ses caractéristiques tient à la généralité du droit, qui tient moins compte des situations particulières que des possibilités de généralisation de son raisonnement[1].

Tous les cas où le préalable coutumier a été exigé en dépit de la situation particulière des justiciables (de manière « rigide ») montre une volonté d'application de la règle générale systématiquement plutôt qu'une adaptation à la spécificité de chaque cas. F. Schauer souligne que la résolution optimale d'un cas particulier peut être sacrifié sur l'autel de la protection des valeurs d'un système.

La rigidité du cadre coutumier peut relever soit d'une pratique professionnelle un peu mécanique des magistrats et des assesseurs coutumiers, ce qui leur permet de garder une certaine distance avec des enjeux qui pourraient être soulevés en relation avec l'application de certains aspects de la coutume, comme nous allons le voir. Mais il peut aussi s'agir de la défense d'un idéal de respect des droits autochtones reconnus par l'État. L'application de ce cadre coutumier devient alors un élément de reproduction d'un positionnement quant à la place de l'autochtonie dans l'État. Tous les magistrats ayant siégé à la juridictions coutumière avec qui j'ai pu m'entretenir ont un positionnement très fort sur la question, contribuant à faire des juridictions coutumières des « conservatoires de la coutume ». Ce positionnement s'est en tout cas retrouvé lors de tous mes entretiens.

> « Moi ma seule prétention c'est de transcrire, dans tous les sens du mot, de traduire - je sais que « *traduttore traditore* »[2], mais quand même! - de traduire ce que m'ont dit les assesseurs, d'écrire ce que m'ont dit les vieux[3], en français, de l'expliciter, et d'en dire la logique. C'est juste ça. Et c'est déjà énorme ! Mais je n'ai aucune prétention en dehors de cela. La seule prétention que j'ai, c'est de dire - c'est ce qu'on appelle nous, techniciens du droit - du droit coutumier. Parce que ce n'est pas tiré d'un code ; ce n'est pas là-dedans

---

1 « Plutôt que d'essayer d'offrir pour chaque litige un résultat optimal particulièrement sensible au contexte, le but du droit est souvent de s'assurer du fait que le résultat soit correct pour tous les individus ou du moins la plupart d'entre eux » *Ibid.* p. 8-9

2 *Traduttore, traditore* est une paronomase italienne, c'est-à-dire une expression qui joue sur la ressemblance entre deux mots. Le fait de comparer un traducteur à un traître signifie que la traduction d'un texte d'une langue dans une autre ne peut jamais respecter parfaitement le texte de l'œuvre originale. Bérengère Boudou se demande si « [l]a traduction n'est-elle pas nécessairement une trahison ? Et à plus d'un titre. Trahison de la langue-source ou trahison de la langue d'arrivée, trahison de l'auteur traduit, mais aussi trahison du lecteur auquel on prétend faire connaître un auteur ». BOUDOU, Bénédicte. « Traduttore, traditore. Henri Estienne et la trahison philologique », *Réforme, Humanisme, Renaissance*. 2006, vol. 63 No. 1. p. 42. D'aucuns soutiennent que le droit est également un langage à part qui nécessiterait une traduction. Voir par exemple CORNU, Gérard. *Linguistique juridique*. Paris : LGDJ, 2005.

3 Expression respectueuse pour désigner les anciens en Nouvelle-Calédonie.

> [en montrant le Code civil]. C'est simplement la volonté du législateur. Comme on ne connaît rien à la coutume par principe, on est en capacité de rendre des décisions coutumières, parce que les assesseurs coutumiers vont nous apporter la parole coutumière. La parole coutumière qui va permettre de répondre à cette question. »[1]

Ici l'idéologie du juriste comme technicien est assumée et le travail des magistrats, est de « traduire », voire même simplement de « transcrire » la coutume à l'écrit. Le travail d'explicitation serait ainsi cantonné à une mise par écrit, une explication pédagogique de principes clairs, transmis par les assesseurs coutumiers. La volonté du législateur transforme les magistrats en « bouche » ou plutôt « plumes » de la coutume. Aucune transformation, adaptation ou mise en conformité ne serait à l'œuvre. D'autres magistrats assument toutefois une vision beaucoup plus engagée et politique de « l'acte de juger » :

> « Est-ce que c'est condamnable de vouloir appliquer l'accord de Nouméa? (…) Je veux dire, lorsque Jean-Marie Tjibaou décide de faire *Mélanésia 2000*[2], il se fonde sur la culture kanak pour essayer de montrer aux autres ce qu'ils sont et réunir les Kanaks entre eux à travers leur identité. Qu'est-ce qu'on fait d'autre nous ? (…) Qui est-ce qui aujourd'hui respecte la volonté des Kanaks ? (…) Moi je considère qu'on est tout à fait dans notre rôle et que toute juridiction fait de la politique. On n'en fait pas plus, ni moins (…). L'acte de juger est politique, ici comme en métropole. Ça veut dire quoi ? On nous accuse d'avoir une politique réactionnaire, et de maintenir les Kanaks dans leurs réserves et de les essentialiser dans leurs coutumes et donc faire primer des valeurs de vieux réactionnaires par rapport à une société qui aujourd'hui s'est adaptée à une vie différente au sein de la Calédonie, alors que nous restons sur de vieux principes…c'est des conneries. Pour avoir été juge coutumier à Nouméa, qu'on m'explique en quoi les Kanaks sont émancipés par leur vie au sein du milieu colonial ! On voyait sans cesse des couples, des individus ou des Kanaks, qui rencontraient des difficultés parce qu'ils avaient perdu leurs repères. Ils ne savaient même plus – ou bien ils ne voulaient pas savoir ou bien ils oubliaient - pourquoi ils étaient là, ce qu'ils étaient eux-mêmes et en lien avec quelles terres. »[3]

On peut voir dans cet extrait comment la position du Magistrat M1 est assumée par le Magistrat M2 comme étant déjà une posture engagée. En d'autres termes, le simple fait

---

[1] Entretien avec le Magistrat M1, 6 décembre 2016.

[2] Premier festival d'arts mélanésiens organisé par le leader indépendantistes Jean-Marie Tjibaou entre le 3 et le 7 septembre 1975 à Nouméa. Ce festival a eu de vastes répercussions sociales et politiques. Voir entre autres LEVALLOIS, Michel. « *Mélanésia 2000*. Un festival très politique », *Journal de la Société des océanistes*. 1995, vol.100 No. 1. p. 125-127. ; GRAILLE, Caroline. « 1975-2015 : retour sur *Mélanésia 2000*, symbole de la renaissance culturelle kanak », *Journal de la Société des Océanistes*. 31 décembre 2016 No. 142-143. p. 73-98.

[3] Entretien avec le Magistrat M2, 13 juillet 2017.

d'appliquer le cadre coutumier est un acte politique. La reconnaissance politique et institutionnelle de la coutume passe pour le Magistrat M2 par l'application du cadre coutumier, parce que les justiciables ont autrement « perdu leurs repères ». Cette position des juridictions coutumières comme « conservatoires de la coutume » est unanime chez les professionnels du droit que j'ai rencontré.

> « Sur le fond, ça ne change pas la chose, ce à quoi il faut faire attention c'est cette organisation coutumière qu'il ne faut pas mettre à mal, et que le droit commun n'aille pas à l'encontre de l'organisation coutumière locale. Ce qu'il faut, c'est marcher ensemble et pas être en opposition l'un à l'autre. Mais marcher ensemble ça se fait toujours quand vous respectez le chemin coutumier. Il n'y a aucune difficulté. »[1]

Les extraits d'entretiens ci-dessus donnent des pistes de réflexion sur la manière dont les magistrats conçoivent leur rôle au sein des juridictions coutumières. À la fois simples « traducteurs » ou scribes de « la coutume », ils ne font que répondre à des demandes et des besoins (« qui est-ce qui respecte aujourd'hui la volonté des Kanak ? »). Ils se positionnent tous comme de simples techniciens qui ne font qu'appliquer « la coutume » ils suivent simplement « le chemin coutumier ». « C'est juste ça » et « il n'y a aucune difficulté ». C'est dans cette position qu'ils concilient la prise en compte délicate de la coutume avec l'idéologie professionnelle du juriste comme technicien du droit. Bien que leur rôle soit « simple » ils conçoivent « la coutume » comme dégageant une certaine fragilité. Il ne faut pas « la mettre à mal », dans le processus de « traduction », notamment parce que les justiciables auraient « perdu leurs repères ». Pourtant le fait que la coutume soit appréhendée au sein des juridictions coutumières déplace nécessairement ses mécanismes habituels. Elle y est appréhendée avec la technique et les outils juridiques, qui rigidifient ou essentialisent nécessairement certains de ses traits – pour en faire du droit coutumier[2]. Les professionnels du droit détournent ici le regard de ce que le droit fait à la coutume, et ont recours à des justifications « sociales », voire culturalistes, en désignant les justiciables comme la source d'une fragilité de la coutume (malmenée par une « déperdition des valeurs coutumières » ou une « perte de repères »).

Ces préoccupations se retrouvent notamment dans les dossiers de changement de statut. Les régularités observables concernant les changements de statut peuvent révéler de nouveaux aspects de la production du droit coutumier.

---

[1] Entretien avec le Magistrat M3, 26 juillet 2017

[2] WATSON, Alan. « An Approach to Customary Law ». *Op. cit.*

3) Le changement de statut

Durant le temps de mes observations, le tribunal coutumier a eu à gérer de nombreux changements de statut, notamment vers le droit commun. Bien que le changement de statut en direction du droit commun soit un droit, comme les juges aiment à le répéter, les justiciables offrent souvent des justifications qu'ils n'ont aucune obligation de fournir.

Une justification récurrente est de s'aligner sur le statut du ou de la partenaire. Et l'autre justification concerne l'héritage (qui n'est probablement pas sans lien avec la justification précédente). La plupart des changements de statut vers le droit coutumier concernent des hommes, pour qu'ils puissent hériter de terres coutumières. En effet, traditionnellement, les femmes ne peuvent pas hériter de terres coutumières, étant donné qu'elles sont destinées à quitter leur tribu pour vivre dans celle de leur conjoint[1]. Tandis que la plupart des changements de statut vers le droit commun concernent des femmes, également pour des questions de succession.

L'affaire K4

Dans l'affaire K4, un couple se présente pour demander à ce que leurs enfants soient inscrits sur les registres de l'état civil coutumier. En effet la mère est de droit commun et le père qui travaille à la mairie a découvert récemment avec beaucoup de surprise que ses enfants ont automatiquement pris le statut de leur mère.

Le père est très grand et parle d'un ton calme et assuré. Il s'adresse d'égal à égal avec magistrat et les assesseurs coutumiers. Étant chef de clan, il souligne l'importance que ses enfants aient un statut coutumier. L'accord du grand chef a été obtenu et versé au dossier, puisque le père est lui-même chef de clan ; la mère a également donné son accord.

Le juge conclut en rajoutant « Ce sont des garçons en plus, c'est important qu'ils soient de statut coutumier ». Le père explique que c'est effectivement primordial pour qu'ils puissent

[1] Ceci est particulièrement problématique dans les cas de violences conjugales. Les ordonnances de protection, qui sont des mesures prononcées par le tribunal aux affaires familiales, et qui relève par conséquent de la juridiction des chambres coutumières, sont trois fois moins fréquentes quand il s'agit de victimes de droit coutumier, en comparaison avec les victimes de droit commun. (Voir CHAMPMOREAU, Isabelle et Valentine EURISOUKE. *Rapport de mise en œuvre de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF) de la Nouvelle-Calédonie*. CEDEF, 2020. Une des explication est qu'il est difficile de prononcer des mesures d'éviction du conjoint violent quand celui-ci vit sur ses les terres coutumières de son clan. SALOMON, Christine. « Réponses aux violences de genre en Nouvelle-Calédonie ». *Op. cit.* p. 94

hériter de terrains situés en terres coutumières. L'affaire est extrêmement consensuelle, tous les documents sont en ordre, et le magistrat indique que l'issue sera sans surprise.

Similairement aux affaire K1 (p.191) et K3 (p. 196), l'affaire indique une potentielle erreur dans l'inscription à l'état civil, à la naissance des enfants. Néanmoins à la différence des deux autres affaires, le justiciable de l'affaire K4 est extrêmement informé, non seulement des exigences administratives (il travaille dans la fonction publique), mais également très conscient de sa place coutumière puisqu'il est lui-même chef de clan. Il anticipe ainsi d'une certaine manière les exigences du tribunal en obtenant l'autorisation du grand chef pour sa demande. Cette affaire a en quelque sorte une valeur de paradigme en termes de déroulement.

Les changements de statut ont constitué une zone grise pour les tribunaux pendant longtemps[1]. Les demandes de changement de statut vers le droit coutumier étaient soit limités dans le temps (cinq ans après la promulgation de la loi organique de 1999) soit en termes de public (les jeunes majeurs avaient un délai de trois ans à compter de leur majorité)[2]. Avec l'arrêt *Saïto*[3], les tribunaux coutumiers légitiment la revendication du statut coutumier fondé sur la possession d'état[4]. La Cour d'appel s'appuie notamment sur l'article 8 de la CEDH pour contourner le principe d'indisponibilité de l'état des personnes. La Cour de cassation confirme l'arrêt *Saïto* de la Cour d'appel de Nouméa, et par un jeu de références, mobilise sa propre jurisprudence concernant les demandes de changement de sexe à l'état civil[5] pour confirmer qu'au regard du « comportement social », le principe de respect de la vie privée de l'article 8 de la CEDH justifie de faire droit à la demande, et que

> « le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes invoqué par le ministère public dans ses observations orales, ne faisant pas obstacle à la modification de la mention du

---

[1] DAURIAC, Isabelle. « La différenciation des personnes par l'état civil : expérience calédonienne ». *Op. cit.*

[2] CORNUT, Étienne. « La juridicité de la coutume kanak ». *Op. cit.*

[3] Cour d'appel de Nouméa, 29 septembre 2011, RG n 2011/46.

[4] La possession d'état est la situation apparente d'une personne, selon les critères qui composent son état civil, comme un lien filial, une relation matrimoniale, sa nationalité ou son sexe. Voir CORNU, Gérard. *Vocabulaire juridique: Association Henri Capitant*. Paris : Presses Universitaires de France, 2022.

[5] Cour de cassation, assemblée plénière, 11 décembre 1992, n°91-11900 (arrêt 1), *Bull. civ.*, 1992, *A.P.* n° 13, p. 27.

> statut civil d'appartenance de M. X, dès lors que le statut personnel constitue un élément essentiel, sinon le plus important, de l'identité et donc de l'état des personnes. »[1]

La manière dont les tribunaux traitent aujourd'hui les demandes de changement de statut, sont tributaires de cette jurisprudence qui a élargie les critères d'accession au statut coutumier.

Par ailleurs, en termes d'actes coutumiers, on peut trouver dans la jurisprudence des demandes émanant de chefs de clans qui marquent eux-mêmes leur accord. Dans une affaire de 2005 par exemple, une requérante, elle-même chef de clan après le décès de son époux, avait donné son accord en tant que chef de clan à son propre changement de statut. Le ministère public s'oppose à son changement de statut affirmant « qu'une femme, qui plus est de statut civil de droit commun, ne peut être chef de clan », mais la section détachée de Koné en formation coutumière trouve qu'elle « n'a pas trouvé motif de contester cette compétence de l'autorité coutumière »[2]. Cependant force est de constater que la situation de cette requérante est particulière à deux titres, d'une part il est extrêmement rare de trouver des chefs de clans qui sont des femmes. D'autre part, les affaires de changements de statut que j'ai pu observer dégageaient une tendance nette : si une majorité d'hommes demandaient à être rattaché au statut coutumier pour pouvoir hériter de terres coutumières ; la plupart des changements de statut vers le droit commun concernent des femmes, qui ont fait leur vie avec une personne de droit commun, ou qui ont acheté des biens immobiliers sous le régime de la communauté des biens[3], et qui veulent s'assurer qu'il n'y aura pas de problème d'héritage pour leurs enfants (particulièrement leurs filles).

J'ai voulu vérifier cette impression auprès des professionnels du droit des différentes juridictions coutumières qui m'ont fait des retours très différents. Tandis que le personnel du TPI de Nouméa (juge et greffière) m'assure que la majorité des demandes de changement de statut vont vers le droit commun, le personnel de la section détachée de Koné m'affirme que ce cas de figure est extrêmement minoritaire et que la majorité des dossiers concernent une accession au statut coutumier[4].

---

[1] Cour de Cassation, 1ère chambre civil, 26 juin 2013, n° 12-30.154 cité dans RODRIGUEZ, Daniel. « La juridiction coutumière kanak (Juger en Kanaky) ». *Op. cit.* p. 320

[2] TPI de Nouméa, Section détachée de Koné, 5 avril 2005, 33/05 cité dans DALMAZIR, Pauline et Pascale DEUMIER. « Le contentieux préalable du changement de statut » *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*. Nouméa : Presses Universitaires de Nouvelle-Calédonie, 2018, p. 26.

[3] Régime matrimonial où tous les biens des époux sont réputés communs.

[4] Je ne suis pas en mesure de confirmer cette hypothèse mais l'un des facteurs principaux pour les changements de statut sont la possibilité d'hériter de terres coutumières. Or la majorité de celles-ci sont

Pauline Dalmazir et Pascale Deumier ont étudié un échantillon de 201 décisions prises entre 1999 et 2015[1]. Elles remarquent des concentrations chronologiques dues à des changements législatifs concernant l'accès au statut coutumier, mais surtout elles soulignent que « les demandes de changement de statut se font quasi-exclusivement dans un seul sens, pour aller vers le statut civil coutumier »[2]. Ayant contacté le TPI de Nouméa pour enquêter sur les demandes d'abandon du statut coutumier, elles soulignent que

> « le changement de statut en ce sens existe également, bien qu'il ne se retrouve pas sur la base de données, un tel abandon par déclaration devant le juge judiciaire ne soulevant aucune difficulté juridique »[3].

Il est donc difficile de se faire une idée précise de la proportion des demandes relative à chaque démarche. Néanmoins, dans deux autres affaires relatives à des demandes de changement de statut en direction du droit commun les justiciables (toutes deux des femmes avec des enfants) confirment l'hypothèse selon laquelle les femmes tendraient peut être davantage que les hommes à renoncer au statut coutumier pour bénéficier des règles de succession du droit commun.

Les affaires N13 et N14

Dans l'affaire N13, et N14, ce sont deux femmes seules qui se présentent pour changer de statut dans le but d'accéder au statut de droit commun. Dans l'affaire N13, la justiciable justifie sa démarche parce qu'elle a acheté un bien immobilier sous le régime du droit commun avec son compagnon du même statut[4], et qu'elle veut éviter un potentiel accaparement des biens au moment de sa mort. Il y a peu de discussions. Le juge rappelle qu'il s'agit d'un droit et qu'elle peut très bien revenir au statut coutumier si elle le souhaite. Dans l'affaire N14, la justiciable est plus explicite. Elle dit qu'elle pense à ses enfants (pour qui elle demande un changement de

---

concentrées en province Nord, ce qui pourrait être l'un des facteurs d'explication entre ces deux dynamiques opposées.

[1] Pauline Dalmazir et Pascale Deumier, « Le contentieux préalable au changement coutumier » dans CORNUT, Étienne et Pascale DEUMIER. *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*. *Op. cit.*

[2] *Ibid.* p. 22

[3] *Ibid.* p. 23

[4] Hélène Nicolas remarque que « La mise en couple avec un homme d'une autre communauté peut aussi être perçue par certaines femmes kanakes comme une forme d'émancipation quant aux nombreuses injonctions de leur communauté. » NICOLAS, Hélène et Camille NOUS. « Du sexage en contexte colonial. L'exemple de Lifou, Kanaky-Nouvelle-Calédonie », *Cahiers du Genre*. 29 octobre 2020, vol. 1 No. 68. p. 114.

statut au profit du droit commun également) et que « pour des raisons de succession [elle préfère les] placer sous le régime du droit commun » et estime qu'en l'absence de règles écrites claires, l'arbitraire prévaut[1]. Les assesseurs coutumiers réagissent à ce moment-là.

> « AC3 : Par rapport à vos biens, vous avez des problèmes avec la famille ?
> Justiciable : Oui beaucoup ! Quand mes frères et sœurs décèdent, le clan prend tout ! Ils s'accaparent tout ! Il n'y a pas longtemps j'ai enterré mon frère et ils [le reste du clan] ont ratissé la maison pour la coutume aux tontons coutumiers. Ils ne laissent rien ! Y a rien ! Moi je ne veux pas que ça se passe comme ça quand je serais plus là … Parce qu'ils s'accaparent tout. Moi j'ai travaillé pour acheter un appartement. Ce n'est pas pour que les tontons coutumiers ils s'accaparent tout. Tous mes frères et sœurs sont décédés et c'est toujours pareil.
> AC3 : Mais vous avez décidé ça ?
> Justiciable: Non ! C'est eux qui demandent.
> AC3 : Je suis étonnée parce que je suis de l'aire Ajië Aro et ce n'est pas comme ça. Je demande parce qu'aux assemblées générales des aires coutumières il faut rapporter ça absolument.
> Justiciable : Moi j'étais mariée avec un zoreil[2]. Je suis divorcée maintenant mais je ne veux pas que les tontons prennent tout.
> Le juge : Le changement de statut est un droit madame, il vous est accordé automatiquement.
> Justiciable : Je suis contente alors parce que sinon ils prennent tout ! »

Les affaires N13 et N14 sont entendues au cours de la même journée d'audience et laissent une impression durable aux assesseurs coutumiers et au juge. Si les discussions après l'affaire N14 tournent autour d'une potentielle spécificité liée à la région d'origine de la justiciable, ni les assesseurs coutumiers, ni le juge ne sont certains des pratiques coutumières en vigueur en la matière :

> « Le juge : Si la coutume est trop dure et qu'elle n'est pas suffisamment juste, les gens la fuient. Mais elle est perdante cette coutume-là. Je ne comprends pas. (…) Qu'il y ait un partage je ne dis pas, mais là …
> AC3 : Je pose la question parce que je dois ramener ça à l'assemblée générale de l'aire, ce n'est pas normal !
> Le juge : Plus on monte dans le nord, plus c'est dur ?
> AC3 : Non ce n'est pas partout dans le Nord ! Chez nous ce n'est pas comme ça ! »

[1] Argument qui est revenu dans une autre affaire de changement de statut vers le droit commun, de la part d'un justiciable. Il affirmait ne pas vouloir « d'ingestion en cas de décès » et considérait que « le statut de droit commun est celui qui protège le mieux les individus ». Audience coutumière, 8 août 2017.

[2] Vocable désignant les Français de métropole en Nouvelle-Calédonie mais aussi dans d'autres territoires d'Outre-mer.

Après avoir entendu, un peu plus tard l'affaire N14, ainsi que d'autres affaires de changements de statut vers le droit commun - trois en tout ce jour-là, ce qui est beaucoup - l'assesseure coutumier AC3 s'inquiète de ce phénomène. Cette inquiétude est partagée par tous les assesseurs coutumiers avec qui j'ai pu m'entretenir. D'autres recherches confirment cette tendance à voir les changements de statuts vers le droit commun comme des « abandons » de la coutume[1].

> « AC3 : Pourquoi les Kanak changent de statut ?
> Greffière : Mais parce que moi madame, j'entends l'histoire de la dame avec ses frères et sœurs qui lui prennent tout, le mari à peine refroidi …
> AC3 : Mais c'est des rumeurs …[2]
> Juge : C'est l'oralité ça ! La coutume elle est ambiguë à ce niveau-là [les successions, notamment pour les femmes][3]. (…) On peut quand même concevoir que les gens soient ennuyés de demander l'autorisation des chefs de clans pour un oui ou un non. (…) »

Dans cette conversation, l'oralité de la coutume est remise en cause. Au cours de mes observations j'ai entendu le juge tout comme des assesseurs coutumiers plaisanter sur le fait que l'oralité était un facteur de confusion, remettant en cause la sécurité juridique[4] offerte par

---

[1] P. Dalmazil et P. Deumier ont constaté la même inquiétude de représentants coutumiers lors d'un séminaire qui s'est tenu dans le cadre de l'élaboration d'un rapport de recherche pour la Mission droit et justice. CORNUT, Étienne et Pascale DEUMIER. *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*. *Op. cit.* p. 23

[2] Je ne peux pas confirmer avec certitude la réalité ou plutôt l'ampleur de ces pratiques. Néanmoins ce sont des « rumeurs » dont beaucoup d'assesseurs coutumiers avec qui j'ai pu m'entretenir, ont connaissance. À l'instar de l'assesseur AC10 :

« Y aussi le truc des mariages, y a les biens, y a tout ça aussi. parce que dans certaines tribus, dans certains endroits quand quelqu'un est décédé, y a la famille qui arrive et qui prend tout. Y a des endroits où c'est comme ça. Et les familles où c'est comme ça, les mamans elles demandent tout de suite le statut de droit commun pour se protéger. Normalement avec le statut coutumier c'est plus ça maintenant, on fait plus ça, il faut arrêter ces systèmes ! Quand le mari est décédé, il y a la femme et les enfants et c'est eux qui gardent tout. Normalement la famille ne vient pas prendre tous les biens du papa quoi. Mais y a des endroits qui font encore. » Entretien avec l'assesseur coutumier AC 10 et sa femme, 17 avril 2019.

[3] Les deux affaires mentionnées ci-dessus ainsi que l'unique affaire de succession que j'ai pu observer, ont toutes été entendues en 2017, soit un an avant l'entrée en vigueur d'une nouvelle loi sur la question. Il s'agit de la Loi du pays n° 2018-4 du 28 mai 2018 relative aux successions des biens appartenant aux personnes de statut civil coutumier kanak, *JONC* du 5 juin 2018, p.7131. Pour un éclairage critique de la loi, voir BIDAUD-GARON, Christine. « Aperçu critique de la nouvelle loi du pays du 28 mai 2018 relative aux successions des biens appartenant aux personnes de statut civil coutumier kanak », *Cahier du LARJE*. 2018 No. 6. p. 6-15.

[4] Le principe de sécurité juridique inspire en droit administratif des règles visant à assurer la connaissance du droit applicable et la stabilité des situations juridiques. Voir VAN LANG, Agathe, Geneviève GONDOUIN, et Véronique INSURGUET-BRISET. *Dictionnaire de droit administratif*. 7e édition. Paris : Dalloz, 2015.

le droit coutumier. Cette incertitude de la part des assesseurs coutumiers, comme du juge sur l'aspect substantiel de la coutume est une première hypothèse pour expliquer l'importance de la procédure dans le droit coutumier. Ceci expliquerait que le droit coutumier semble être en partie conçu à partir des techniques juridiques consistant à remplacer l'identification d'un contenu normatif stable par une liste d'exigences procédurales. Celles-ci ont fait l'objet d'une mise par écrit importante au cours des années 2010 et représentent un corpus que les juridictions coutumières tendent à privilégier et à reproduire aujourd'hui[1].

4) L'omniscience problématique des actes coutumiers dans la vie privée

Les cas présentés dans cette section ont pour différence avec ceux de la section précédente qu'un acte coutumier est exigé pour que la procédure puisse être menée à bien. L'unique « épreuve », pour arriver à une conviction[2], est donc un document écrit, produit par une autorité administrative extérieure au tribunal, qui se porte garante des décisions des autorités coutumières. La non-production de l'acte coutumier entraine nécessairement un renvoi et donc un report de la décision.

Néanmoins le matériel empirique montre que cette procédure n'est pas simple, et se heurte à l'ignorance des justiciables vis-à-vis de ces formalités mais aussi parfois de leur situation coutumière et à la difficulté des avocats d'entrer en contact avec les OPC. B. Trépied offre une étude relativement critique de ce dispositif et affirme que la

> « focalisation sur les logiques purement formelles de l'appartenance clanique ignore notamment les rapports de domination qui se jouent en pratique dans ces situations. Or ceux-ci peuvent parfois conduire à des situations de violence psychologique, physique et sexuelle (…). »[3]

Or la nécessité absolue des actes coutumiers, notamment dans les affaires de dissolution du mariage est une exigence établie progressivement par la jurisprudence des tribunaux coutumiers, mais qui ne se trouve pas en tant que telle dans les textes de la loi organique de 1999. Les tribunaux ont déduit par analogie les règles de la dissolution à celles du mariage, en

---

[1] Dans son exercice de « Synthèse », Pascale Deumier consacre une section entière intitulée « Les précédents et à la tentation de l'obligatoire » dans les jugements des juridictions coutumières étudiés. Voir DEUMIER, Pascale. « Synthèse ». *Op. cit.* p. 207-209

[2] Pour les différentes étapes dans la prise de décision des professionnels du droit travaillant au Conseil d'État belge, voir le travail de Julie Colemans. COLEMANS, Julie. *L'ordinaire du contentieux administratif*. *Op. cit.* Voir le chapitre II où son travail est discuté à l'aune de mes recherches.

[3] TREPIED, Benoît. « "Vous avez oublié que vous êtes Kanak !" La justice coutumière face aux nouvelles relations familiales kanak ». *Op. cit.* p. 204

établissement un parallélisme stricte entre l'acte coutumier qui scelle le mariage et celui qui doit donc désormais le défaire (voir affaire N9, p. 211).

On constate avec l'ensemble des cas présentés dans les deux premières sections de ce chapitre l'établissement d'un cadre normatif appliqué relativement rigoureusement. Celle-ci relève de ces techniques, qui transparaissent dans le matériel empirique, qui consistent à remplacer l'identification d'un contenu stable par de la procédure (*i.e.* l'identification d'autorités externes qui procèdent elles-mêmes à une mise en règle pour ce qui est des actes coutumiers). Ce que fait le tribunal coutumier, dans une grande majorité des cas, est un contrôle de ce que les autorités désignées comme compétentes, ont délivré les autorisations nécessaires. La règle coutumière repose donc principalement sur des opérations de validation et de délégation. Cependant un travail totalement différent se révèle en dehors de ce « cadre coutumier » très strict, lorsque celui-ci ne peut pas être respecté. Le juge me raconte ainsi un jour entre deux audiences :

> « On impose aux gens de faire le chemin coutumier mais dans le cadre de la dissolution du mariage par exemple, quand il n'y a pas d'accord, on passe au-dessus. Si on s'arrête à ça [l'absence d'accord entre les clans] c'est un déni de justice ! […] On ne peut pas refuser ça aux gens. »

Il estime que le nombre de dissolutions de mariages coutumiers prononcés par le tribunal malgré le désaccord d'au moins un des deux clans est de cinq à dix cas par an.[1] Cette affirmation relève un potentiel conflit de normes sur lequel le juge ne s'étendra pas. Toutefois il pointe du doigt une possibilité souvent évoquée de potentielle incompatibilité entre les normes coutumières et d'autres droits fondamentaux. Comme nous l'avons vu dans les chapitres précédents, la Cour d'appel de Nouméa a fait un gros travail jurisprudentiel pour rendre le Code civil inopérant pour toute la « matière civile » qui doit être régie par « la coutume ». La Cour de cassation a considéré que l'application du droit coutumier lui échappe au regard de l'ordre

[1] Discussion informelle avec le juge entre deux affaires lors d'une audience coutumière, TPI de Nouméa 9 août 2017.

public[1]. Dans ce cadre, le droit coutumier s'insère dans la pyramide des normes françaises[2], au même niveau que le Code civil[3], et il est donc soumis seulement aux normes relevant du bloc de constitutionnalité[4]. Comme mentionné précédemment, l'articulation avec les droits fondamentaux n'est pas toujours clair. Pourtant, c'est la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) qui a été invoquée pour appuyer sur de potentiels « points de frictions » entre « la coutume » et les droits humains[5]. Jusqu'à présent, dans les jugements où un conflit de normes est explicitement invoqué avec la CEDH, les tribunaux ont toujours défendu la logique selon laquelle « la coutume » ne va pas à l'encontre de la CEDH, mais permet au contraire, sa bonne application. Si l'on prend l'exemple de l'article 8, sur la vie privée et familiale, nécessairement invoquée puisque les tribunaux coutumiers traitent beaucoup d'affaires familiales, les jugements produits par les juridictions coutumières ont toujours défendu la logique selon laquelle « non seulement la règle coutumière ne viole pas l'article 8 de la CEDH,

[1] Voir chapitre précédent. Pour rappel, il s'agissait d'une demande de prestation compensatoire à la suite d'une dissolution de mariage réclamée par l'épouse, dont elle avait été déboutée en première instance et en appel, la cour d'appel de Nouméa considérant que « Les deux parties étant de statut coutumier, la coutume doit s'appliquer à l'espèce. Il en résulte que les références au Code civil sont inopérantes. » (Cour d'appel de Nouméa, 27 septembre 2007, RG 06/134). Dans une autre affaire de demande de prestation compensatoire, la Cour de cassation affirme que « les conséquences patrimoniales de la dissolution [du] mariage sont régies par le droit coutumier dont l'application échappe au contrôle de la Cour de cassation au regard de l'ordre public ». Cour de cassation, 1ère chambre civile, 1er déc. 2010, n° 08-20843 : Bull. civ. 2010, I, n° 251 ; cité dans PARISOT, Valérie et Sandrine SANA-CHAILLE DE NERE. « La méthode conflictuelle, une méthode de résolution du conflit de normes adaptée à l'intégration de la coutume dans le corpus juridique calédonien ». *Op. cit.* p. 411-412

[2] "The legal order is not a system of coordinated norms of equal level, but a hierarchy of different levels of legal norms". Voir KELSEN, Hans. *Pure Theory of Law*. Traduit par Max KNIGHT. Berkeley, Calif. : University of California Press, 2020. notamment, p. 193-278. Cette théorie ne va pas sans critiques, mais elles ne sont pas l'objet de la présente recherche. Voir par exemple TROPER, Michel. « Chapitre V. Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique » *Pour une théorie juridique de l'État*. Paris : Presses Universitaires de France, 1994, p. 85-94. ; OST, François et Michel van de KERCHOVE. « De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit ? », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*. 2000, vol.44 No. 1. p. 1-82.

[3] « Coexistent [en Nouvelle-Calédonie] des normes d'origine différente [y compris le droit coutumier] qui ne s'appliquent pas aux mêmes situations juridiques, mais qui pourtant sont reconnues d'égale juridicité par la Constitution française de 1958. » CORNUT, Étienne. « La juridicité de la coutume kanak ». *Op. cit.*

[4] Il s'agit en l'occurrence de la Constitution, des lois organiques, des conventions internationales, dont notamment la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). Conformément à l'article 56 de cette dernière, la France se réserve un droit d'application adapté dans les territoires d'outre-mer. Voir chapitre III.

[5] CORNUT, Étienne. « L'application de la coutume kanak par le juge judiciaire à l'épreuve des droits de l'homme ». *Op. cit.*

mais elle permet au contraire d'assurer sa bonne application »[1]. Il s'agit d'un parti pris idéologique assez peu démontré. H. Fulchiron observe le raisonnement suivant dans les précédents concernant la filiation qu'il a analysés :

> « le respect de la vie privée des personnes de statut coutumier, tel que garanti par l'article 8 de la CEDH, passe par le respect des règles coutumières ; le respect des droits de l'enfant, tels que garantis par la CIDE passe par le (…) respect des principes qui gèrent la société kanak dans laquelle vit l'enfant »[2].

Contrairement à ce que laisse entendre la jurisprudence, ces potentiels conflits de normes ne sont jamais résolus définitivement et il suffit qu'un cas particulier se présente pour raviver la tension. Par ailleurs comme le montre toujours la même affirmation du juge, citée plus haut, les professionnels du droit louvoient autour de ce cadre instauré par la jurisprudence et assouplissent au besoin certaines règles coutumières. La section suivante s'emploi justement à présenter des affaires résolues en dehors du « cadre coutumier » habituel, présenté jusqu'ici.

C - Les torsions occasionnelles du cadre coutumier

> « Donc moi je fais partie de ceux qui pensent que la coutume c'est un truc - c'est un peu comme la stratégie du bunker, alors c'est le travers, mais c'est aussi sa force - ça fonctionne un peu en autarcie. Il y a des équilibres subtils, des contre-équilibres… Il y a tout un tas de choses qui font que ça fonctionne. »[3]

Dans certains cas, le tribunal sort du cadre coutumier plus ou moins explicitement. Les raisons de ce hors champ ne sont pas toujours évidentes. Deux hypothèses principales se présentent naturellement : premièrement, la nécessité de trancher une affaire amène les juridictions coutumières à adopter une position de recherche de solutions pratiques y compris en dehors du cadre coutumier précédemment instauré (*law as a problem solver* selon l'expression de S. F. Moore)[4] comme nous allons le voir dans les affaires présentées ci-dessous. La deuxième hypothèse porte sur la résolution d'une tension potentielle perçue entre normes coutumières et droits fondamentaux (« c'est un déni de justice ! »). Le cas d'étude portant sur la demande de changement de sexe à l'état civil est exemplaire à ce sujet (chapitre VI). La série

---

[1] DEUMIER, Pascale. « Synthèse ». *Op. cit.* p. 200

[2] FULCHIRON, Hugues. « La filiation ». *Op. cit.* p. 79

[3] Magistrat M1, 6 décembre 2016

[4] Voir Chapitre 1 et MOORE, Sally Falk. « Certainties Undone ». *Op. cit.*

de cas présentée ci-dessous montre des exemples d'utilisations inhabituelles du cadre coutumier, voire où celui-ci n'est pas appliqué.

1) Omettre, renverser et contourner le cadre coutumier

Au cours de toutes les journées d'audiences que j'ai eu l'occasion d'observer, très peu de cas n'ont pas fait mention du préalable coutumier tel qu'il a été brossé à grands traits plus haut (vérification de l'accomplissement de « gestes coutumiers » ou présentation d'un acte coutumier). Deux affaires de garde d'enfants ont retenu mon attention, l'une par l'absence de mention à la « coutume » durant l'audience (N15) ; l'autre parce que le cadre coutumier est mobilisé à l'inverse de son usage habituel (N16). Enfin, confronté à une situation « extrême », le tribunal peut considérer que les exigences habituelles du cadre coutumier ne sont pas applicables (affaire N17).

Les distorsions du « cadre coutumier »					
	Lieu et date	**Thèmes abordés**	**Invocation de la coutume**	**Présence des avocats**	**Référence**
N15	TPI de Nouméa Août 2016	Garde des enfants (père en prison)	Aucune mention de la coutume	Non	232
N16	TPI de Nouméa, Août 2017	Garde des enfants et pension alimentaire	« Geste coutumier » et « responsabilité coutumière »	Oui	234
N17	TPI de Nouméa Août 2017	Tutelle	Acte coutumier et isolement social	Non	237

L'affaire N15

Dans l'affaire N15 qui a trait aux dispositions relatives à la garde de deux enfants (de 2 et 11 ans), le père incarcéré, au Centre pénitentiaire de Nouvelle-Calédonie (Camp Est), arrive accompagné par la police. Sa peine de prison ferme court jusqu'en juin 2017[1]. Si la condamnation de prison ferme est liée à des violences conjugales à l'égard de la mère des enfants en question, le père a aussi eu des peines de prison en sursis pour défaut de permis de

[1] L'affaire est entendue en 2016. Voir tableau ci-dessus.

conduire et conduite en état d'ébriété. La mère semble surprise de voir le père. Elle ne regardera pas une seule fois dans sa direction, parlant très peu, très bas, et s'adressant toujours au juge. Elle semble avoir peur. Elle explique qu'elle a dû quitter le domicile conjugal à cause des allers-retours en prison du père.

Le père donne son accord facilement pour accorder la pleine autorité parentale à la mère et fixer la résidence des enfants chez elle. La mère chuchote presque quand elle répond au juge. Néanmoins, le père réclame un droit de visite y compris en prison. Il parle fort et regarde beaucoup la mère quand il parle. Elle ne s'oppose pas au droit de visite du père, mais souhaite qu'il soit accompagné par un travailleur social et que cela ait lieu en terrain neutre, pas à son domicile à elle. Elle n'est pas non plus contre les visites des enfants à la prison. Le juge intervient pour préciser et insister sur le fait que la mère, en tant que victime, n'a pas à prendre l'organisation de ces visites en charge. C'est au père de rendre ces visites possibles s'il y tient.

La mère ajoute (toujours dans un chuchotement et en regardant le sol) que sa demande concernant la présence d'une tierce personne et d'un terrain neutre pour les visites aux enfants, s'étend à toute la belle-famille, pas seulement au père. Elle explique qu'elle a peur que celle-ci lui arrache ses enfants. Elle a l'air désemparé. Son soulagement est visible quand le juge lui explique qu'on ne pourra pas lui retirer ses enfants maintenant qu'elle en a la garde officielle et exclusive.

La mère attend un peu pour se lever que le père soit bien sorti de la salle d'audience. Elle explique qu'elle n'était pas au courant que ce dernier serait présent aujourd'hui. Cela l'a mise manifestement très mal à l'aise. Le juge la rassure tant bien que mal et la greffière l'accompagne à la sortie avant de faire rentrer les justiciables suivants.

Cette affaire observée lors de mon premier terrain m'avait interloquée parce qu'à aucun moment « la coutume » n'est invoquée contrairement à toutes les autres affaires concernant des enfants. Comme je n'ai pas eu accès au jugement définitif de cette affaire, je ne peux pas dire si toute mention de la coutume est absente du dossier ou du jugement écrit final. Par exemple l'inquiétude de la mère sur le fait que le père ou la belle-famille puisse lui prendre ses enfants découle probablement du fait que les enfants ont été reconnus par le père et qu'ils portent son patronyme. Pourtant de manière relativement unique pendant mes terrains de recherche, durant l'audience, aucune mention n'est faite de « la coutume ». Il y aurait deux explications possibles, mais aucune n'est entièrement satisfaisante. L'une serait l'inexpérience du magistrat qui était dans sa première année d'exercice aux affaires coutumières, et qui aurait pu reprendre des

habitudes héritées de sa pratique du droit civil. J'ai cependant observé suffisamment d'autres audiences coutumières avec ce magistrat pour savoir qu'il a appliqué le cadre coutumier, glané dans la jurisprudence, ses discussions avec les assesseurs coutumiers et l'ouvrage de référence de R. Lafargue[1], relativement rapidement. L'autre explication potentielle serait que le tribunal a été intimidé par la présence du père, détenu du camp est, accompagné par la police lors de l'audience. Pourtant, là encore, au cours de mes douze jours d'observations d'audiences, cette situation s'est présentée plusieurs fois (quatre au total, dont une autre fois le jour même).

Pourtant dans d'autres cas tout aussi impressionnants, ou dans lesquels les mères de familles étaient également en situation précaire, le tribunal a fait état de « la coutume ». Ne serait-ce que pour constater que le comportement du père n'était pas « digne » de celle-ci.

L'affaire N16

Ainsi dans l'affaire N16, une mère demande la garde exclusive de l'enfant et l'annulation de la reconnaissance du père pour changer le nom de son enfant afin qu'il porte le nom du clan maternel et non plus celui du clan paternel. Les deux parents sont représentés par des avocats. La séparation est due à des violences sans qu'on en précise la nature dans un premier temps. L'enfant est né peu de temps après la séparation. L'avocate du père fait valoir que « tout le clan de monsieur s'est rendu chez le clan de la maman pour le reconnaître ». Le clan de la mère a accepté « le geste ». Néanmoins lors de la séparation quand le père a voulu voir l'enfant, des membres du clan maternel l'ont tabassé et menacé à coups de fusils et de couteaux. Le père demande à exercer son droit coutumier de père sur l'enfant, qui porte son nom.

L'avocate de la mère rappelle que la relation a commencée alors que le père était encore marié à une autre femme. La mère pensait qu'il était séparé mais après la naissance de l'enfant elle a découvert que le père était encore marié « sur le papier et dans les faits ». L'enfant a été reconnu mais le père a abandonné la mère et l'enfant pendant plus de deux mois alors qu'elle logeait seule avec le nouveau-né dans un squat à Nouméa. Épuisée, elle rentre dans son clan situé sur la côte Est. De plus, tout au long de la relation, il y a eu des violences conjugales répétées qui ont débouché sur une condamnation de prison ferme. À sa sortie de prison, le père a exigé de la mère qu'elle revienne vivre au squat avec lui. Il s'adresse d'ailleurs à elle sur un ton menaçant voire violent pendant l'audience. La mère pleure pendant l'exposé des faits par

[1] LAFARGUE, Régis. *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie: aux sources d'un droit commun coutumier*. *Op. cit.* Voir également les chapitres II et III de cette recherche.

le père et son avocate. Elle finit par dire que le père l'a menacée juste avant l'audience, et que sa famille a dû la protéger. Quand le juge lui demande pourquoi le « geste coutumier » a été accepté, la mère reconnaît que le clan maternel n'était pas au courant des violences, qu'elle n'en avait pas parlé parce qu'elle avait peur. Le père réfute cette version mais l'avocate monte au créneau pour défendre sa cliente. Les assesseurs coutumiers n'interviennent pas pendant l'audience mais marquent fortement leur désapprobation dès que les justiciables s'en vont.

> « Assesseur coutumier : Je n'avais même pas envie de lui parler ! Il n'a rien compris. La dissolution du mariage c'est les deux chefs de clans. Si le chef de clan de son ancienne compagne refuse, il n'y aura jamais de dissolution[1] !
> Le juge : Je ne sais même pas pourquoi il demande l'enfant… »

La discussion amène le juge à affirmer qu'il pense « qu'on peut permettre dans ce cas d'avancer au profit des femmes et dans le bon sens de la coutume ». L'enfant pourrait être accordé à la mère, en dépit du « geste coutumier » réalisé dans les formes et accepté par le clan maternel, comme une « sanction » envers le père qui manque à tous ses autres devoirs coutumiers. Pour ce qui est du droit de visite et d'hébergement de celui-ci, le juge envisage un droit de visite en lieu médiatisé aux vues des violences dont il s'est rendu coupable. En ce qui concerne le changement de nom et l'annulation de la reconnaissance du père, le juge déclare que la demande est irrecevable et renvoie à l'accord des clans, et donc aux OPC – comme dans les affaires N6 (p. 199) et N7 (p. 202).

Cette affaire met plusieurs éléments du cadre coutumier en tension. D'une part, les « gestes coutumiers » ayant été effectués, le père aurait selon les règles coutumières habituelles –comme d'autres affaires de ce chapitre l'ont montré – des droits sur cet enfant (autorité parentale, droit de visite et d'hébergement, etc.) Cependant selon ce que laisse entrevoir la position du tribunal, le père n'est pas à la hauteur de ses « devoirs coutumiers » - il ne remplit pas les critères de « père coutumier » dressé au fil des cas présentés plus haut, et de la jurisprudence.

L'idée que l'une des parties ne serait « pas à la hauteur » de la coutume, ce qui aurait pour conséquence d'en suspendre partiellement l'application, est présente dans certains précédents. Dans un cas de 2015, la Cour d'appel de Nouméa[2] doit se prononcer sur une affaire jugée par

---

[1] Cette affirmation est contredite non seulement par la jurisprudence (les OPC pouvant élaborer un acte coutumier de carence qui constate le désaccord des clans, mais qui sera valable aux yeux du tribunal coutumier) mais aussi par le positionnement du juge coutumier, exposé plus haut, qui assume de passer outre l'accord des clans dans certains cas de dissolutions particulièrement conflictuels.

[2] Cour d'appel de Nouméa, 1er octobre 2015, 14/00240

la section détachée de Koné[1]. Le requérant a eu quatre enfants avec une justiciable, dont trois ont été reconnus à l'état civil coutumier. Les parents ne sont pas mariés, parce que le requérant a une femme officielle avec laquelle il s'est marié coutumièrement tout en entretenant une relation extraconjugale avec la mère de ses quatre enfants. Il a fait des « gestes coutumiers » qui ont été refusés par le clan maternel en raison de son engagement coutumier auprès d'une autre femme (qui avait déjà été « réservée coutumièrement » à cette époque). Au moment de la séparation définitive avec la mère de ses enfants, après dix-huit ans, la mère demande la fixation de la résidence des enfants chez elle, l'attribution au père d'un droit de visite et d'hébergement et la condamnation de celui-ci à lui verser une pension alimentaire pour les trois enfants qu'il a reconnus. La section détachée de Koné répond favorablement à toutes ces demandes[2]. Le père fait appel de la décision au motif que les enfants n'ont pas été reconnus coutumièrement et demande à ce que ceux-ci reprennent le nom de leur mère pour mettre en conformité leur appartenance clanique et leur patronyme. Il veut d'ailleurs renoncer à tout droit et tout lien avec les enfants, et conteste sa condamnation à verser une pension alimentaire. Pour soutenir sa demande en appel, l'avocat du requérant fait valoir la jurisprudence des tribunaux coutumiers en matière de filiation :

> « - La jurisprudence du tribunal de première instance de Nouméa comme de la cour d'appel confirme clairement que, "selon la coutume kanak, l'enfant appartient au clan maternel tant qu'il n'a pas été donné au clan paternel, le seul fait d'être géniteur n'emportant pas en soi de statut juridique, ni de droit ni d'obligation à l'égard de l'enfant, la paternité même fondée sur une réalité biologique, étant exclusivement un fait social institué par la norme coutumière";
>
> - "La morale chrétienne et le droit civil doivent demeurer étranger" à la présente instance et il est demandé à la cour de "faire application de la coutume telle qu'elle existe" et telle qu'elle a déjà été appréhendée dans les différentes décisions judiciaires qu'il verse aux débats. »[3]

La Cour d'appel se sert à ce moment de la Charte du peuple kanak pour débouter l'appelant de toutes ses demandes et valider point par point la décision de première instance.

> « […][4] Il en résulte [des principes coutumiers de la Charte du Peuple Kanak] que la volonté de X de reconnaître ses enfants, avec l'accord de la mère, et de leur donner son

[1] TPI de Nouméa, Section détachée de Koné, 26 mai 2014, RG 14/69

[2] *Ibid*.

[3] Cour d'appel de Nouméa, 1er octobre 2015, 14/00240

[4] « Cependant, si l'on se réfère à la charte des valeurs kanak adoptée le 12 avril 2014 par les chefferies des 8 pays coutumiers du territoire de la Nouvelle Calédonie et présentée comme le socle commun des

> nom s'inscrit nécessairement dans ce contexte social et culturel. De sorte qu'il ne peut en même temps se revendiquer de la coutume Kanak et refuser les conséquences qui en découlent. Il ne peut non plus exciper de règles coutumières pour ne pas avoir à contribuer à l'entretien et l'éducation de ses enfants et n'est pas fondé à demander à la cour de modifier le nom de ses enfants à cette seule fin. »

Il est ajouté que « les assesseurs ont souligné la gravité de la situation qui a perduré durant ces années et les conséquences qui en résultent pour les enfants qui ne peuvent être accueillis au sein du clan paternel »[1].

Dans ce cas comme dans l'affaire N16, le cadre coutumier est pris à revers. Si dans un cas (N16) le père a bien réalisé les « gestes coutumiers », il n'en sera pas spécialement tenu compte au regard de sa violence ; dans l'autre cas (ci-dessus) le père n'a pas accompli les gestes coutumiers, mais sera tenu quand bien même à son rôle de « père coutumier » (et donc sa responsabilité à subvenir matériellement à ses enfants).

L'inventivité des tribunaux se dessine petit à petit en dehors d'un cadre coutumier qui semble au premier abord pourtant déjà très systématisé. Les tribunaux sont capables de reconnaître un accord entre parties, même quand celui-ci se situe en dehors du cadre coutumier habituel.

L'affaire N17

Dans un cas de curatelle renforcée, l'affaire N17, c'est une assistante sociale qui se présente pour le compte de l'Association de coopération sociale et médico-sociale (ACSMS) qui gère la tutelle d'un justiciable hospitalisé depuis un accident vasculaire cérébral. Le justiciable, sans

---

valeurs et principes fondamentaux de la civilisation kanak : ¬ Le NOM donné en langue Kanak, lie la personne à son clan et à la terre. Il traduit l'histoire de son clan dans le cycle intergénérationnel, dans l'espace et le temps. ¬ Chaque individu se détermine par rapport à son clan paternel et à son clan maternel. L'enfant, à la naissance, reçoit le souffle de la vie de son oncle maternel. Il intègre également l'esprit de l'ancêtre avant de recevoir par la suite du clan paternel ou maternel son nom. A sa mort, la personne se décompose en esprit et en corps putrescible. L'esprit du défunt rejoint l'esprit de ses ancêtres. ¬ Le statut de droit civil coutumier s'obtient du père en référence à son clan et de la mère en relation avec son oncle maternel dans les conditions fixées précédemment. ¬ Tout Kanak a le statut de citoyen et la nationalité propre à la Nouvelle Calédonie mais il est également par nature rattaché à une Famille, une Maison et à un clan. Il a, à ce titre, des droits et des devoirs. ¬ La société Kanak est une société patriarcale. Son système social fonctionne à partir d'une transmission des droits, des pouvoirs et des responsabilités basée sur l'homme. ¬ L'enfant porte le nom du père et de son clan. C'est de la responsabilité du clan paternel de le maintenir en bonne santé physique et mentale, de l'habiller, de le nourrir, de l'éduquer et de lui donner une place dans la société. » *Ibid*.

[1] Cette jurisprudence aurait pu se révéler pertinente dans l'affaire N5 (p. 186) également, où le père veut au contraire la garde de l'enfant qui porte son nom, mais qu'il n'a pas effectué de gestes coutumiers, et qu'il est en plus coupable de violences à l'égard de son ancienne compagne, qu'il empêche, de surcroit, de voir l'enfant.

domicile fixe est en rupture familiale et professionnelle depuis des années. Il est recueilli dans une maison de retraite à Bourail. Il n'a plus de contacts avec sa famille, ni son frère, ni son ex-compagne, ni ses huit enfants selon la représentante de l'ACSMS.

Le juge s'interroge et conclut pendant l'audience :

> « En termes coutumiers, si le contact est néant … On n'a pas de besoin de l'avis des chefs de clans dans ce cas-là, non ? Ce sera sans surprise alors… »

La jurisprudence a établi pour les tutelles que le droit coutumier s'appliquait pour les personnes de statut coutumier. En effet, en matière de régime de protection des majeurs de statut coutumier, la Cour d'appel de Nouméa a décidé dès 1990 que ceux-ci relevaient également de la juridiction des tribunaux coutumiers[1]. Elle confirme ainsi la solution rendue en première instance[2] qui affirmait que

> « les dispositions du Code civil relatives aux régimes de protection des incapables ne sont pas applicables aux citoyens relevant du statut civil particulier »[3].

Toutefois, dans ce cas « extrême », il n'y a plus du tout de contacts entre le justiciable et son clan (ni même sa famille). Ce type de déconnection sociale ultime est évalué par le juge, comme ne pouvant pas être résolu selon les exigences habituelles des règles coutumières. La traduction des faits en droit amène le juge à conclure que le justiciable (ou bien l'association qui le représente en l'occurrence) est dans ce cas dispensé d'une demande d'acte coutumier, contrairement à des justiciables qui seraient considérés comme simplement mal informés (comme dans les affaires N11 et N12 (p. 216) relatives à des changements de prénoms). Il s'agit de protéger ce justiciable que l'application strict des opérations de validation par des autorités coutumières externes, via la production d'un acte coutumier, aurait laissé sans protection. Ce cas montre, comme dans l'affaire N15 (p. 232), une approche plus flexible et adaptée de la règle.

---

[1] Cour d'appel de Nouméa, 27 août 1990, RG 90/1167

[2] TPI Nouméa, section détachée de Koné, 4 avril 1990, RG 7/90

[3] Cité dans la contribution de Valérie Parisot et Sandrine Sana-Chaillé de Néré, « La méthode conflictuelle, une méthode de résolution du conflit de normes adaptée à l'intégration de la coutume dans le corpus juridique calédonien », dans CORNUT, Étienne et Pascale DEUMIER. *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*. *Op. cit.* p. 457

2) Imaginer autrement la jonction entre droit coutumier et droits fondamentaux

> « Il faut être polyvalent [pour travailler aux juridictions coutumières]. Je change tout le temps de casquettes, ce qui implique que je fais beaucoup de recherches de jurisprudence. C'est un 'canevas coutumier' que l'on peut mettre à toutes les sauces. »[1]

Cette dernière section de chapitre représente une minorité de cas que j'ai pu observer. Il s'agit de cas qui poussent le tribunal à adapter les exigences du cadre coutumier établi sur des précédents, à des faits inhabituels. Ils révèlent un aspect de la règle coutumière plus flexible que ne le laisse entendre l'application systématique de la vérification d'un préalable coutumier auquel les professionnels du droit ont tendance à recourir.

La production du droit coutumier se loge dans l'effort des professionnels du droit d'adapter ce cadre coutumier mis en place par l'accumulation de précédents, notamment dans des affaires où des tensions normatives sont perçues. Il s'agit de cas où la coutume est mise à l'épreuve. Ces cas mettent en exergue des moments perçus par les magistrats comme de potentiels conflits de normes, où le cadre coutumier établi sur la base de précédents, contreviendrait à d'autres systèmes de normes ou de valeurs des professionnels du droit. Dans tous les cas, le cadre coutumier ne proposerait pas de solution satisfaisante en l'état. On voit alors l'autre versant de l'épreuve, qui est celui du droit à l'épreuve de la coutume.

Les tensions sont d'autant plus vives que les professionnels du droit coutumier essaient de trouver un équilibre entre préservation de la coutume – ils en seraient les gardiens autoproclamés (« j'ai l'impression d'être plus kanak que les kanak ! ») – et la peur de « faire fuir » les justiciables (« si la coutume est trop dure, les justiciables changent de statut »).

Néanmoins, probablement en partie par volonté d'éviter une codification de la coutume[2], les juridictions coutumières ont mis en place des mécanismes qui délèguent l'autorité de constater un accord ou un désaccord à des entités extérieures au tribunal (*i.e.* les chefs de clan, les OPC). La position du tribunal a lentement évolué vers celle d'un garant de gestes et d'actes coutumiers, réalisés en amont de l'audience et à l'extérieur du tribunal, par d'autres autorités. Les professionnels du droit ne sont pas dupes de ces mécanismes qu'ils mettent en place. L'un d'eux me confiait par exemple à propos des litiges fonciers, qui se présentent très rarement aux tribunaux et qui sont extrêmement conflictuels :

---

[1] Discussion informelle entre deux audiences, TPI de Nouméa, 10 août 2016

[2] CORNUT, Étienne. « La non-codification de la coutume kanak ». *Op. cit.*

> « Il y a de la jurisprudence en matière de terre, mais ce qui se passe c'est que la jurisprudence constate que le règlement des conflits n'a pas été respecté. On pourrait parler d'une espèce de mode alternatif de règlement des litiges, où en fait le tribunal va être très pointilleux pour que toute la procédure coutumière préalable à sa saisine soit respectée. Or ce n'est jamais respecté. [rires] Donc ce n'est pas un déni de justice, puisque le tribunal se prononce. Sauf que quasiment à 100%, le tribunal constatera que le préalable ou le chemin coutumier n'a pas été respecté. Parce que le principe c'est que c'est la responsabilité des grands chefs, et que le tribunal ne peut pas se substituer au grand chef. Ça ce n'est pas possible. »[1]

La manière dont les professionnels du droit ont formalisé le cadre coutumier et l'appliquent aujourd'hui pourrait traduire une certaine prudence de leur part à se prononcer trop fortement sur une substance de « la coutume ». Le travail de création du droit coutumier effectué par les juridictions est à ce titre principalement un travail de préservation de ce qui est perçu comme étant « la coutume » au sein des tribunaux. La flexibilité dans la création du droit coutumier est ainsi partiellement convoquée par la mission de « conservation de l'identité kanak » que se sont données les juridictions coutumières. Ceci peut passer occasionnellement par une application des exigences du cadre coutumier « à revers ». On peut penser par exemple à l'affaire N16 (p. 234) où les violences conjugales dont le père de famille s'est rendu coupable ainsi que ses autres incartades (infidélité, mensonges, double vie, etc.) ont été traitées par les professionnels du droit comme des faits non conformes : à la coutume, donnant un cadrage différent à l'affaire. Bien que le préalable coutumier ait été conforme aux exigences habituelles du tribunal, les professionnels du droit se sont emparés de faits supplémentaires pour déplacer le cadre et en restreindre l'application – ou en tout cas l'appliquer différemment. Nous avons vu que cela avait été le cas dans d'autres précédents, où les « turpitudes » du mari ont été invoquées pour le condamner à verser une pension alimentaire en dépit de la non-réalisation du « geste coutumier » préalable[2].

Au vu du nombre de cas où des violences conjugales sont rapportées dans les discussions autour des décisions que doivent prendre les juridictions coutumières, on peut se demander pourquoi « le droit des femmes » avancé par le Magistrat M3 dans l'affaire N16 n'est pas pensé à l'aune des droits fondamentaux. Il existe des études qui montrent que les violences envers les

[1] Entretien, Magistrat M3, 26 juillet 2017

[2] Cour d'appel de Nouméa, 1er octobre 2015 RG 14/00240 cité et discuté par Gastien Casu d'une part, et Pascale Deumier d'autre part dans CORNUT, Étienne et Pascale DEUMIER. *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*. *Op. cit.* p. 98 et p. 198

femmes, et les violences intrafamiliales sont plus élevées en Nouvelle-Calédonie[1] qu'ailleurs en France métropolitaine ou même dans les autres territoires d'Outre-mer[2]. Le dernier gouvernement calédonien en a d'ailleurs l'une des grandes causes du quinquennat territorial[3] – à l'instar du gouvernement français[4].

La judiciarisation des violences au sein du couple en France, est un travail de longue haleine, qui remonte au débuts du XIXe siècle[5]. Seulement depuis le début du XXIe siècle, un glissement s'est opéré, d'une conception où les violences au sein du couple sont régulées uniquement de manière à maintenir l'ordre public et le monopole étatique de l'usage de la violence légitime (et jusque dans l'intimité de la sphère familiale)[6] à un moyen de reconnaître et d'asseoir l'égalité des sexes et à redéfinir les relations entre femmes et hommes[7], y compris

---

[1] Voir le dernier rapport du CEDEF. CHAMPMOREAU, Isabelle et Valentine EURISOUKE. *Rapport de mise en œuvre de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination a l'égard des femmes (CEDEF) de la Nouvelle-Calédonie*. *Op. cit.*

En ce qui concerne les études académiques sur le sujet, voir HAMELIN, Christine et Christine SALOMON. « Parenté et violences faites aux femmes en Nouvelle-Calédonie. Un éclairage sur l'ethnicité différenciée des violences subies au sein de la famille ». *Op. cit.* ; SALOMON, Christine et Christine HAMELIN. « Beyond Normative Discourse: Adoption and Violence Against Women in New-Caledonia ». *Op. cit.* ; HAMELIN, Christine, Christine SALOMON, et France LERT. « Les violences sexuelles dans l'enfance chez les femmes kanakes de Nouvelle-Calédonie ». *Op. cit.* ; SALOMON, Christine. « Hommes et femmes. Harmonie d'ensemble ou antagonisme sourd ? » *Op. cit.* ; NICOLAS, Hélène. « Devenir époux/épouse. Les premiers amours comme socialisation à une conjugalité violente (Lifou, Kanaky-Nouvelle-Calédonie) », *Genre, sexualité et société*. 1 juin 2016 No. 15.

[2] RIVIERE, Dominique et Ernestine RONAI. *Combattre les violences faites aux femmes dans les outre-mer*. Rapport CESE 09. Délégation aux droits des femmes à l'égalité de la Délégation à l'Outre-mer, 2020.

[3] SANTA, Thierry et Isabelle CHAMPMOREAU. « Grande cause territoriale | Violences conjugales, sexistes et sexuelles », *Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie*. 2019 . En ligne : https://violences-conjugales.gouv.nc/le-gouvernement-sengage/grande-cause-territoriale [consulté le 13 juin 2022].

[4] ROMERO, Marie. *Le traitement juridique des délits sexuels sur mineurs, une enquête de sociologie judiciaire et législative*, Anthropologie sociale et ethnologie. Paris : EHESS, 2018. ; ROME, Isabelle. « La justice à l'épreuve des violences au sein du couple », *Pouvoirs*. 30 juin 2020, vol. 173 No. 2. p. 51-61.

[5] VANNEAU, Victoria. *La Paix des ménages - Histoire des violences conjugales XIXe-XXIe siècle*. Paris : Anamosa, 2016.

[6] HERMAN, Elisa. *Lutter contre les violences conjugales: Féminisme, travail social, politique publique*. Rennes : Presses universitaires de Rennes, 2019.

[7] EL MAHJOUBI, Khalidja et Abla KOUMDADJI. *Les violences conjugales : le couple sous haute surveillance*. Paris : Editions du Cerf, 2016.

à l'aune des droits fondamentaux (*i.e.* ratification de la Convention d'Istanbul[1]). La Nouvelle-Calédonie n'est pas imperméable à l'évolution de ces préoccupations[2].

Il a été souligné au chapitre précédent (chapitre III) que l'articulation entre droits fondamentaux et droit coutumier n'est pas clairement établie[3]. Les précédents ont eu tendance à mettre en avant un seul droit fondamental collectif, qui serait celui d'une application de la coutume au nom de la protection de la vie privée et familiale (article 8 de la CEDH). En ce sens la coutume peut être vécue comme une épreuve pour les droits fondamentaux des femmes, dans la mesure où elle porte la marque de plusieurs couches de patriarcat (traditionnel, colonial/missionnaire)[4]. Les juridictions coutumières ont donc eu tendance à faire primer une interprétation de l'article 8 de la CEDH afin de promouvoir un seul droit collectif, celui de vivre conformément à la coutume, au détriment d'une articulation plus réfléchie entre droit coutumier et droits fondamentaux pour les femmes victimes de violences par exemple. Des chercheurs ont constaté à plusieurs reprise une difficulté accrue pour dissoudre les mariages ou avoir accès à des indemnités de réparation pour violence, du fait des règles coutumières et des procédures

---

[1] La Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (convention d'Istanbul), *Série des Traités du Conseil de l'Europe*, n° 210, 2011. Au niveau national, voir Loi n° 2014-476 du 14 mai 2014 autorisant la ratification de la convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre les violences à l'égard des femmes et la violence domestique, *JORF* n°0112 du 15 mai 2014 ; Décret n° 2015-148 du 10 février 2015 portant publication de la convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (ensemble une annexe), signée à Istanbul le 11 mai 2011, *JORF* n°0036 du 12 février 2015.

[2] Le gouvernement a qualifié son engagement de « grande cause du quinquennat », après l'impulsion par Édouard Philippe du Grenelle contre les violences conjugales. PREVOST, Laurent. « Charte d'engagement. Agir ensemble pour lutter contre les violences faites aux femmes et promouvoir l'égalité entre les hommes et les femmes ». ; *Point d'étape du Grenelle des violences conjugales*. 2022. En ligne : https://gouv.nc/actualites/16-05-2022/point-detape-du-grenelle-des-violences-conjugales [consulté le 13 juin 2022]. Des rapports statistiques sont commandés et produits. Voir par exemple BODIN, Aurélien. *Les violences intrafamiliales en Nouvelle-Calédonie : regard sur l'ampleur d'un phénomène social peu signalé*. Rapport 58. ISEE - Institut de la statistique et des études économiques Nouvelle-Calédonie, 2022. Ce qui se reflète dans les gros titres de la presse. GALLO, Jean-Frédéric. « Violences conjugales : bientôt un bracelet anti-rapprochement », *LNC.nc | Les Nouvelles Calédoniennes, le Journal de Nouvelle Calédonie*. 13 janvier 2022.

[3] CORNUT, Étienne. « L'application de la coutume kanak par le juge judiciaire à l'épreuve des droits de l'homme ». *Op. cit.*

[4] NICOLAS, Hélène. « « Civiliser les Kanaks » L'impact de la christianisation sur le système de genre lifou (Nouvelle-Calédonie, 1842-1946) », *Labrys, revue franco-québécoise brésilienne en ligne*. 2013, vol.23. ; NICOLAS, Hélène. « Patriarcat kanak, patriarcat colonial ». *Op. cit.* ; NICOLAS, Hélène. « Le mariage à Lifou, une création missionnaire ? (Kanaky-Nouvelle-Calédonie) », *Social Sciences and Missions*. 1 mai 2018, vol. 31 No. 1-2. p. 69-98.

retenues par les juridictions coutumières[1]. S'il a été argumenté ailleurs que la question de la justice de genre constitue l'un des axes de recherche les plus révélateurs pour démontrer l'aspect colonial du genre, qui fonctionne comme une justification idéologique pour restreindre les droits collectifs et reproduire certains points de vue racistes[2], je constate ici une réticence à se saisir des droits fondamentaux pour appréhender différemment les questions de violences conjugales au sein des juridictions coutumières.

Juristes doctrinaux et praticiens nient tout « *backlash coutumier* »[3]. En dépit du régime dérogatoire auquel les juridictions coutumières sont soumises eu égard aux droits fondamentaux, l'interdiction de traitements inhumains et dégradants est absolue et s'étend au foyer conjugal[4]. É. Cornut développe cette position à travers l'étude de la jurisprudence concernant les intérêts civils (voir chapitre III).

> « [C]ontrairement à ce qui a été soutenu parfois au plus haut niveau[5], les violences physiques ou sexuelles commises à l'intérieur de la cellule familiale sont reconnues

---

[1] DEMMER, Christine et Christine SALOMON. « Droit coutumier et indépendance kanak ». *Op. cit.* ; SALOMON, Christine. « Genre, justice et indemnisation des victimes de statut coutumier kanak ». *Op. cit.* ; SALOMON, Christine. « Réponses aux violences de genre en Nouvelle-Calédonie ». *Op. cit.*

[2] BHANDAR, Brenna. « Status as Property: Identity, Land and the Dispossession of First Nations Women in Canada », *darkmatter Journal*. 2016, vol.14. ; SIEDER, Rachel et Anna BARRERA. « Women and Legal Pluralism ». *Op. cit.*

[3] « Ce *backlash* néocoutumier consacre le fait que les femmes kanakes, tout comme les enfants du couple, appartiennent au mari et à son clan. Nous constatons ici encore une forme de jonction patriarcale, des juristes français ayant considérablement aidé ces hommes kanaks de haut rang à faire valoir leurs droits sur les femmes et enfants, dans une logique de reconnaissance à bas coût pour les colons de la culture kanake. » NICOLAS, Hélène et Camille NOUS. « Du sexage en contexte colonial. L'exemple de Lifou, Kanaky-Nouvelle-Calédonie ». *Op. cit.* p. 114

Par ailleurs l'expression de « backlash » est une expression employée par la journaliste américaine Susan Faludi qui – comme Simone de Beauvoir en d'autres temps et d'autres lieux – postule la fragilité inhérente au droits des femmes. Pour chaque avancée, « un retour de bâton » menace. L'hypothèse illustrée dans son ouvrage est que les backlash, les vagues de « revanche » sont systématiquement corrélées aux avancées fragiles des droits des femmes, de manière à ce que l'égalité hommes/femmes soit un horizon qui se dérobe. Voir FALUDI, Susan. *Backlash: The Undeclared War Against American Women*. 1er édition. New York : Crown Publications, 1991. ; FALUDI, Susan. *Backlash : La guerre froide contre les femmes*. traduit par Lise Éliane POMIER, Évelyne CHATELAIN et Thérèse REVEILLE. Paris : Antoinette Fouque, 1993.

[4] CORNUT, Étienne. « L'application de la coutume kanak par le juge judiciaire à l'épreuve des droits de l'homme ». *Op. cit.* p. 257

[5] É. Cornut rapporte des propos que la procureure générale en fonction en 2012 avait tenus : « bons nombre de comportements pouvant nous apparaître comme une faute n'ont pas cette qualification dans la société traditionnelle kanak, et ne peuvent donc servir de fondement à une action en réparation. C'est particulièrement vrai s'agissant des violences faites aux femmes et aux enfants, qu'il s'agisse des abus sexuels ou d'autres formes de violences intrafamiliales. Les hommes en tant que mari ou père s'estiment souvent en droit d'exercer ces violences, expression légitime de leur mécontentement. […] L'usage de

> comme des fautes coutumières, suffisamment graves pour justifier non seulement une réparation financière et sociale, mais également, s'agissant par exemple d'une épouse victime, d'un retour dans son clan d'origine afin qu'elle reçoive de lui protection et secours, en vertu notamment du principe de solidarité clanique. »[1]

Il cite à l'appui deux affaires jugées par le TPI de Nouméa en 2011. L'une affirme que

> « les faits de violences sexuelles et de violences conjugales, même s'ils sont difficiles à évoquer, en ce qu'ils relèvent de la sphère privée, n'en constituent pas moins des faits prohibés dans la coutume. En effet par le passé des chefferies dans les îles ont été amenées à ordonner la séparation physique de couples dans lesquels les maris se comportaient de façon abusive vis-à-vis de leurs épouses, commettant des violences et imposant des relations sexuelles non consenties. En réponse à ce type de comportement le Grand Chef avait ordonné que la femme aille vivre dans son clan et que le mari reste seul dans sa case, signifiant ainsi que ce comportement était blâmable et troublait les équilibres internes. »[2]

Tandis que l'autre estime que

> « le comportement de X., à savoir commettre des violences sur sa compagne et ses enfants va à l'encontre de la culture kanak, en effet dans la coutume si l'homme donne le rang social, la place et l'éducation, à l'opposé la femme donne la vie, raison pour laquelle la femme est sacrée et doit être respectée. Dans la coutume, le père est obligé de subvenir aux besoins de la famille, mais avant tout il doit protéger sa famille contre les agressions extérieures. Or le tribunal constate au cas d'espèce que X. a dérapé, en ce que d'une part il a commis des violences à l'encontre de sa compagne et de ses propres enfants, et d'autre part il ne s'est pas excusé auprès de sa compagne qui reste vivre à ses côtés. Le tribunal tient à rappeler à X. qu'il doit élever ses enfants, et que parler ce n'est pas dire, et essayer : quand on dit les choses on parle de ce qu'on est, dans ce contexte le tribunal rappelle qu'il ne faut pas obliger les enfants à choisir où ils veulent aller, il faut être deux pour faire les enfants, et pour les élever. Il n'y a plus à essayer il faut faire les choses pour les enfants et non essayer. Ainsi au lieu de jouer son rôle de protection de sa famille, X. a mis les siens en danger, raison pour laquelle il sera fait droit à la demande présentée. »[3]

Je n'ai pas eu l'occasion d'observer une prise en main par les juridictions coutumières des violences conjugales – à l'exception de l'affaire N16 où le justiciable en cause cumulait en plus de sa violence, plusieurs autres conduites répréhensibles aux yeux des professionnels du droit.

---

la contrainte dans les relations sexuelles, l'absence de consentement de la victime, ne sont donc pas répréhensibles si l'homme est autorisé à avoir des relations sexuelles avec elle ». La source n'est pas citée. Voir CORNUT, Étienne. « Un contentieux coutumier émergent : les intérêts civils ». *Op. cit.* p. 164

[1] *Ibid.*

[2] TPI Nouméa, 12 décembre 2011, RG 10/1530 cité dans *Ibid.* p. 165

[3] TPI Nouméa, 19 septembre 2011, RG 09/1618 cité dans *Ibid.*

On peut être amené à penser que c'est l'accumulation des « mauvaises conduites » du justiciables qui finissent par attirer l'attention des professionnels du droit. J'ai pu observer dans d'autres cas où les seules violences conjugales étaient mentionnées sans que les professionnels du droit ne s'immiscent véritablement. Dans les affaires N5 (p. 187) et K1 (p. 191), les pères ont été condamnés au pénal à des peines de prison pour les violences conjugales dont ils ont été reconnus coupables. Dans l'affaire K2 (p. 193), le père purge une peine de prison pour des violences sexuelles sur une autre personne que la mère de ses enfants, mais son profil d'homme violent est mentionné pendant l'audience. Enfin dans l'affaire K3 (p. 196), le père est entendu parce qu'une infirmière d'école a signalé les châtiments corporels qu'il infligeait à son fils. Pendant l'audience, le père reconnaît également des faits de violences conjugales pour lesquels il n'a pas été jugé.

On peut émettre l'hypothèse que les juridictions coutumières ne se saisissent pas de ces faits parce qu'elles considèrent que cela relève du droit pénal qui est régi par le droit civil. Par ailleurs, des recherches ont montré qu'il n'est pas évident d'agir sur un risque de violence lorsque les professionnels du droit ne sont pas spécifiquement formés à les prendre en compte. Solenne Jouanneau et Anna Matteoli ont montré qu'en France métropolitaine les juges aux affaires familiales ont du mal à s'approprier et appliquer le dispositif des ordonnances de protection[1]. Ce dispositif s'insère dans une étatisation de la lutte contre les violences conjugales, qui s'est traduit dans le domaine judiciaire par des injonctions qui pèsent sur les juges[2]. Il ne s'agit plus seulement de punir les auteurs, il faut aussi protéger les victimes. Le fait de doter le juge aux affaires familiales de moyens pour protéger la victime n'en est pas à son coup d'essai[3],

---

[1] JOUANNEAU, Solenne et Anna MATTEOLI. « Les violences au sein du couple au prisme de la justice familiale. Invention et mise en œuvre de l'ordonnance de protection », *Droit et société*. 2018, vol.99 No. 2. p. 305-321.

[2] JOUANNEAU, Solenne. *Rapport final de recherche. Violences conjugales - Protection des victimes, usages et conditions d'application dans les tribunaux français des mesures de protection des victimes de violences au sein du couple*. Rapport 15.29. Mission de Recherche Droit et Justice. Ministère de la Justice, 2019.

[3] Le « référé-violences » est mis en place par la loi n°2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, et ne concernait que les couples mariés. Il devait permettre une intervention plus rapide du JAF « lorsque les violences exercées par l'un des époux mettaient en danger son conjoint, un ou plusieurs enfants ». Le JAF était pouvait alors se prononcer sur des mesures telles que la résidence séparée des époux, l'attribution du logement conjugal, les modalités d'exercice de l'autorité parentale, ou encore sur la contribution aux charges du mariage. Les mesures prises pouvaient avoir une validité de quatre mois et pouvaient être prolongées dans le cas où le bénéficiaire entamait une requête en divorce ou en séparation de corps dans le délai imparti (art. 220-1 du Code civil, abrogé par la loi n°2010-769 du 9 juillet 2010). Voir *Ibid.* p. 25

mais la loi du 9 juillet 2010 instaure l'ordonnance de protection, qui ne s'applique plus seulement aux couples mariés mais également aux autres catégories de couples (pacsés, concubins, etc.), y compris après leur séparation.

L'ordonnance de protection vise à être plus protectrice puisque les juges aux affaires familiales peuvent compléter l'organisation de la séparation physique du couple et de la famille (art. 515-11 du Code civil) par la mise en place de mesures qui peuvent avoir des conséquences pénales (i.e. interdiction d'entrer en contact, interdiction de détenir une arme, etc.[1]).

> « Inscrire dans le référentiel de la justice familiale un dispositif né dans le giron de la lutte contre les violences faites aux femmes n'est pas neutre. Dans son fonctionnement ordinaire, cette justice, bien que majoritairement rendue par des femmes, repose d'abord sur des modèles et catégories d'entendement qui en matière de prestation compensatoire, de pension alimentaire ou d'organisation de la vie des enfants contribuent à alimenter les inégalités entre les femmes et les hommes. Elle est, ensuite, dominée par le triple paradigme du « dépassement de la crise conjugale », de la « stigmatisation du conflit » et de la priorité donnée à « l'intérêt de l'enfant ». Or si ces principes n'empêchent pas nécessairement l'énonciation des griefs entre époux à l'occasion des audiences, ils ne favorisent néanmoins pas leur prise en considération dans les procédures dites « classiques ». »[2]

Le travail de qualification et de caractérisation que doivent effectuer les JAF sur les faits de « violence » doit être accompagné d'un l'appréciation de la « vraisemblance » et de la « dangerosité » de ces faits[3]. Or, « ce qui rend [cet] exercice complexe c'est la manipulation de critères d'appréciation les conduisant à bousculer les catégories d'entendement de la juridiction familiale »[4].

En effet pour évaluer la nécessité de mettre en place une ordonnance de protection, les JAF doivent sortir de leur posture habituelle qui est celle de « conciliateurs » dans les conflits conjugaux, au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant. Il s'agit au contraire d'estimer quand finissent les « conflits conjugaux » et où commencent les « violences conjugales »[5]. L'un des

---

[1] Le non-respect des obligations et interdictions notifiées par le juge peut entraîner jusqu'à deux ans d'emprisonnement et 15 000 € d'amende. Voir JOUANNEAU, Solenne et Anna MATTEOLI. « Les violences au sein du couple au prisme de la justice familiale. Invention et mise en œuvre de l'ordonnance de protection ». *Op. cit.* p. 307

[2] Notes de bas de page omises. *Ibid.* p. 311

[3] *Ibid.* p. 313

[4] *Ibid.* p. 316

[5] *Ibid.* p. 317

problèmes réside dans une hiérarchisation implicite des violences par les JAF, ce qui les amène à minimiser certains types de violences répandues (*i.e.* les violences physiques « légères » ou des actes de harcèlement psychologiques). Dans leur enquête de terrain, S. Jouanneau et A. Matteoli ont même pu constater une inquiétude de la part des JAF qui craignaient que les ordonnances de protection puissent être « instrumentalisées » afin d'obtenir des droits que la partie demanderesse n'obtiendrait pas dans une procédure ordinaire[1].

En Nouvelle-Calédonie peu de recherches ont spécifiquement été menées sur l'application de l'ordonnance de protection. Il faut garder à l'esprit qu'elle est bien applicable, y compris aux victimes de violences conjugales de statut coutumier. Cependant, dans le cas de ces dernières, elles sont en moyenne trois fois moins fréquentes que pour les victimes de droit commun[2]. Le rapport CEDEF 2020 dénombre cinq ordonnances de protection prononcées en 2019 pour les victimes de statut coutumier, contre seize pour celles de droit commun[3]. Une nouvelle loi du pays doit entrer en vigueur en 2022 pour mieux protéger les victimes de violences intrafamiliales de statut coutumier[4]. C. Salomon souligne que les mesures d'éviction du conjoint violent du domicile ne sont pas applicables aux victimes de violences conjugales vivant en « tribu » sur les terres coutumières[5].

En ce qui concerne les juridictions coutumières, un parallèle qui peut être fait avec les recherches de S. Jouanneau et A. Matteoli, est qu'une manière d'interpréter la difficulté des juridictions coutumières à se saisir de l'articulation entre droits fondamentaux et droit coutumier, réside dans leur « posture coutumière ». En se positionnant comme des « conservatoires de la coutume » et en cherchant à appliquer les mêmes mécanismes de résolutions de problèmes coutumiers à chaque cas, il semblerait que le soin apporté au respect de la « coutume » se fasse au détriment de la recherche de mécanismes pour protéger les droits des femmes. Le droit collectif à voir son identité et ses pratiques coutumières respectées prime,

---

[1] *Ibid.* p. 319

[2] SALOMON, Christine. « Réponses aux violences de genre en Nouvelle-Calédonie ». *Op. cit.* p. 94

[3] CHAMPMOREAU, Isabelle et Valentine EURISOUKE. *Rapport de mise en œuvre de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination a l'égard des femmes (CEDEF) de la Nouvelle-Calédonie*. *Op. cit.* p. 21

[4] L'ordonnance de protection de la victime trouvera dorénavant son application même sans cohabitation des parties, et sera également facilitée puisqu'elle ne nécessitera plus un dépôt de plainte préalable. FAATAU, Jean-Tenahe. « Nouvelle-Calédonie : Une loi de Pays pour mieux aider les victimes de violences conjugales », *Outremers 360°*. 20 janvier 2022.

[5] SALOMON, Christine. « Réponses aux violences de genre en Nouvelle-Calédonie ». *Op. cit.* p. 94

au détriment d'une protection de populations vulnérables au sein de la coutume. Pourtant, les droits fondamentaux sont mobilisés par la chambre coutumière de temps à autre – dans une écrasante majorité des cas, comme nous l'avons vu pour affirmer que le respect des droits fondamentaux passe par le respect de la coutume. P. Deumier note à propos de l'étude d'un large échantillon de décisions prises par les juridictions coutumières que celles-ci

> « donnent de très nombreuses marques de leur volonté, renforcée dans le temps, de respecter la coutume : respect par sa formulation soigneuse, nourrie et expliquée ; respect dans son application, déployée dans tout son champ et mise à l'abri tant de la contagion du droit commun que de l'obstacle des droits fondamentaux. »[1]

Cette articulation entre droit coutumier et droits fondamentaux est malgré tout l'enjeu du cas d'étude qui sera analysé au chapitre suivant. S'il est manifestement difficile pour les juridictions coutumières de s'emparer des droits fondamentaux pour penser la protection du droit des femmes, le cas d'une demande de changement de sexe à l'état civil coutumier a immédiatement attiré l'attention du magistrat qui a traité cette affaire sur la question des droits humains, et par conséquent de la marge de manœuvre et de création à l'œuvre dans les juridictions coutumières. Cette flexibilité et les marges de création de la chambre coutumière sont une chose dont le juge et les assesseurs coutumiers parlent assez librement entre eux. J'ai par exemple assisté à l'échange suivant, alors que le juge exposait pour la première fois la demande de changement de sexe à des assesseurs coutumiers dans un cadre informel :

> « Le juge : On va s'amuser sur le dossier du transsexualisme et demander si la coutume admet ça !
> Les assesseurs coutumiers rigolent.
> AC10 : Qui veut ça ?
> ACa : Ça va être bizarre non ? Ça change les responsabilités coutumières, ce n'est pas vraiment possible non ?
> ACb : Ben oui mais avant la dissolution du mariage n'était pas possible non plus mais on l'a fait quand même…
> AC10 : Oui c'est selon qui prend la responsabilité. Dans le mariage coutumier, le discours, la parole définit certaines légitimités. Tout dépend de qui décide de parler.
> Le juge : Oui, en fait, rien n'est impossible [dans la coutume].
> ACa : Oui, c'est comme la charte [du peuple kanak] elle parle généralement, mais après chaque aire a ses propres spécificités. »[2]

---

[1] DEUMIER, Pascale. « Synthèse ». *Op. cit.* p. 201

[2] Discussion informelle entre deux audiences entre le juge et trois assesseurs coutumiers, TPI de Nouméa, 9 août 2017

Cette conversation a lieu le lendemain de l'audience accordée « en secret » par le juge à la justiciable qui demande le changement de sexe à l'état civil coutumier. Le juge a décidé de mettre au courant les assesseurs coutumiers qui siégeaient avec lui à ce moment-là du dossier, hors de tout cadre formel. On peut supposer qu'il s'agit pour lui de la possibilité d'évoquer le cas de manière informelle pour voir ce qu'il ressort des discussions avec les différents assesseurs coutumiers, pour commencer à sonder les réactions que ces derniers pourraient avoir, dans le but d'évaluer une potentielle opposition, et peut être aussi afin de sélectionner ceux qui seraient le plus à l'aise, pour les convoquer le jour de l'audience à laquelle a été renvoyée l'affaire.

Une chose est claire : l'enjeu de l'articulation du droit coutumier avec les droits fondamentaux est beaucoup plus visible dans le cas d'étude, qu'il ne l'est dans des cas ordinaires de droit de la famille, même quand les juridictions coutumières ont connaissance de violences conjugales.

V - La prise en compte limitée des droits fondamentaux dans le changement de sexe à l'état civil coutumier

« Pour moi c'est ennuyeux de faire du droit commun maintenant».[1]

L'objectif de ce chapitre est de comprendre comment la juridiction coutumière, pour arriver à une décision, doit stabiliser le contenu de la coutume, processus qui se rejoue potentiellement à chaque nouveau cas. La nouveauté du cas présenté en fait un terrain fertile pour l'exploration de l'épreuve, à laquelle sont soumises les premières impressions des professionnels du droit, pour arriver à une conviction[2]. Ce chapitre déroulera les différents moyens par lesquels la demande des justiciables – une demande de changement de sexe à l'état civil – est éprouvée coutumièrement par les juridictions.

Confronté pour la première fois au cas de demande de changement de sexe à l'état civil coutumier, le magistrat hésite. Cette hésitation est le marqueur de sa marge d'interprétation, au sein d'un cadre normatif contraint. Sa première impression est qu'il s'agit d'un cas difficile. Intuitivement, à chaud, à la sortie de la première audience, il pense à trois possibilités pour répondre à la demande.

> *Selon lui, pour accéder à cette demande, il y a trois voies possibles : soit il fait cela discrètement sans les assesseurs coutumiers, comme s'ils ne s'étaient pas présentés lors de l'audience, comme cela arrive de temps à autre, et il substitue donc le droit commun au droit coutumier* (1) *(à moins qu'il y ait une jurisprudence en la matière) ; soit il formule une question officielle à l'aire pour leur demander un éclairage sur de potentielles solutions coutumières (aire Djubéa-Kapume)* (2)*. La dernière solution — que le juge préfère éviter — est celle du changement de statut* (3)*, qui n'est pas le souhait de la justiciable d'après lui.*[3]

Sur les trois voies qu'il décèle, deux sont des solutions qui placent le problème en dehors de la juridiction des tribunaux coutumiers (1, 3). Dans le cadre de la première solution, la cour d'appel de Nouméa a précisé en 2011, que la renonciation à la présence des assesseurs coutumiers en première instance n'avait aucun effet sur l'applicabilité des principes coutumiers, ce qui signifie concrètement que le magistrat doit prendre une décision en fonction des principes coutumiers et non de ceux du Code civil, que la juridiction coutumière soit complétée par des

---

[1] Discussion informelle avec le Magistrat M3 entre deux audiences, TPI de Nouméa, 19 juillet 2016

[2] COLEMANS, Julie. *L'ordinaire du contentieux administratif. Op. cit.*

[3] Extrait de carnet de terrain, 8 août 2017, TPI de Nouméa. Voir Chapitre II, p. 95 pour l'extrait complet.

assesseurs, ou non. Il s'ensuit que si les parties renoncent, comme elles en ont le droit, à la présence d'assesseurs coutumiers, ce sont les juges de droit civil seuls qui appliquent (et même doivent appliquer) le droit coutumier[1]. Le magistrat a donc le devoir de « déclarer » le droit coutumier, même en l'absence d'assesseurs pour l'informer sur le contenu de « la coutume » applicable[2]. La première solution aboutit ainsi au même résultat que la troisième solution qu'il propose, à savoir, accorder la demande de changement de sexe à l'état civil, sauf que dans un cas (la troisième solution), la justiciable renonce à son statut coutumier et sa demande est accordée à l'état civil de droit commun. La seconde solution est celle qui indique une tension normative dans le traitement de cette affaire. Il ne s'agit pas seulement d'une hésitation qui porte sur la marche à suivre pour accorder la demande de changement de sexe à l'état civil coutumier, il y a selon le magistrat, une véritable hésitation sur la possibilité d'accorder la demande selon les autorités coutumières que sont les assesseurs coutumiers ou encore l'aire coutumière. Pourtant les conseils coutumiers ont, selon la loi organique de 1999, pleine compétence pour interpréter les règles coutumières[3], ainsi que les actes coutumiers s'il y a un recours en interprétation[4].

Le cas d'étude permet de montrer que le cadre procédural tel qu'il a été décrit dans le chapitre précédent n'est pas déterminant dans le processus de prise de décision du juge. Ce que J. Colemans affirme à propos de la procédure que :

> « Si les procédures tracent le lit dans lequel le recours va suivre son cours, elles ne déterminent pas le cours du processus. Les procédures permettent de cadrer le processus, sans le déterminer. La décision est le résultat d'un processus de construction sociale qui

[1] Voir la contribution de Daniel Rodriguez « La juridiction coutumière kanak (Juger en Kanaky) » *Op. cit.*

[2] Cour d'appel de Nouméa, 28 avril 2011, RG 10/00054. « Cet arrêt invoque la hiérarchie des normes, l'arrêt de la Cour de cassation 2010, la CEDH avec son art. 56 et précise que la renonciation à la présence des assesseurs coutumiers en première instance n'est pas une option de législation et n'a aucun effet sur l'application de la coutume au fond du litige, ce qui montre bien que les juges français sont « aux commandes ». Cela signifie que si les parties renoncent, comme elles ont le droit, à la présence des assesseurs coutumiers en première instance, ce sont les juges français seuls qui appliquent (et doivent appliquer) le droit coutumier. » Cité dans DEMMER, Christine. *Faire de la coutume kanak un droit. Op. cit.* p. 135 Note 154

[3] Art. 150, I., alinéa 2 : « Le conseil coutumier peut être consulté par toute autorité administrative ou juridictionnelle sur l'interprétation des règles coutumières. » Cité dans CORNUT, Étienne. « La non-codification de la coutume kanak ». *Op. cit.* p. 147

[4] Art. 150 II de la loi organique et art. 21 al. 1er de la loi du pays de 2007 sur les actes coutumiers. Cité dans *Ibid.*

fait intervenir subjectivités, incertitudes, choix, sélections, interprétations, toutes composantes qui façonnent le processus décisionnel. »[1]

Au fond, l'action (la prise de décision) et la situation (le préalable coutumier) se conditionnent mutuellement. Le droit coutumier procédural (*i.e.* la décision du juge) est le résultat de l'épreuve entre le cadre coutumier tel que décrit au chapitre précédent et les spécificités du cas (ici la demande de changement de sexe à l'état civil coutumier de la justiciable). Le cas d'étude permet d'illustrer la tension productive entre les rôles que se sont auto assignés les professionnels du droit au sein de la juridiction coutumière. Leur rôle de « conservateurs de la coutume » les amène parfois à broder avec beaucoup de créativité, autour – mais parfois également en dehors – des principes coutumiers jurisprudentiels qu'ils avaient précédemment solidifiés.

Le raisonnement juridique dans l'affaire de 2017, va s'organiser autour de trois axes opérationnels – une opération de cadrage, une opération de validation et une opération de mise en narration. La tension normative décelée par le magistrat crée des interstices pour décider différemment puisque cette dernière l'amène à déplacer le regard qu'il porte sur les procédures routinières. L'affaire à l'étude est exemplaire puisqu'elle souligne une tension entre défense des droits individuels et préservation d'une « coutume » qui ferait primer le collectif, avec une organisation clanique érigée en symbole d'une identité kanak, parfois dénoncée comme étant « essentialisée »[2]. Pour résoudre la tension, le magistrat effectue une opération de cadrage en se positionnant par rapport à la jurisprudence des chambres coutumières sur les cas de demandes de changements à l'état civil (A). Le magistrat s'appuie ensuite sur des autorités extérieures qui valident les faits, que le tribunal ne peut que constater à son tour (notamment sur l'autorité médicale, mais aussi sur l'entourage des justiciables) (B). La troisième opération consiste en une mise en narration des faits, par des jeux de temporalité et un rapport spécifique au réel afin d'évacuer toute possibilité de débat (C). Après la revue de toutes les opérations du droit à l'œuvre dans la décision nous reviendrons sur ce que ces opérations tendent à contourner : à savoir l'articulation explicite entre droit coutumier et droits fondamentaux (D).

[1] COLEMANS, Julie. *L'ordinaire du contentieux administratif*. *Op. cit.* p. 53

[2] SALOMON, Christine. « Genre, justice et indemnisation des victimes de statut coutumier kanak ». *Op. cit.* p. 70

A - L’opération de cadrage : jurisprudence coutumière, législation française et état civil

Dans cette section il s’agit d’observer les opérations de cadrage - observables encore plus facilement dans la mesure où les professionnels du droit hésitent et expriment leur incertitude – qui consistent à examiner l’affaire de manière à reconnaître des correspondances dans des précédents. En effet dans l’affaire de 2017, la première impression du magistrat est qu’il n’y a pas d’appuis juridique qui se dégage clairement, il cherche donc d’autres signes, d’autres voies ou orientations qui permettraient d’arriver au résultat souhaité – à savoir accorder la demande. En d’autres termes, l'élaboration d'un jugement écrit nécessite une série de cadrages pour qualifier les faits par rapport à un choix de normes et insérer la décision dans le bon cadre normatif. Mon cas d’étude représente en ce sens un « débordement », puisque le « cadrage »[1] habituel ne fonctionne pas selon le juge.

Au fond, comprendre le raisonnement juridique adopté par le magistrat dans l’affaire de 2017, permet de rendre compte des multiples opérations juridiques à l’œuvre dans la construction progressive, incrémentale, des épreuves qui font le droit coutumier, à commencer par le rôle exploratoire des principes établis par la jurisprudence (1). Il convient ensuite de s’interroger sur les points aveugles du raisonnement que sont les évolutions législatives françaises en termes de mention du sexe à l’état civil, qui portent pourtant les requêtes présentées par les justiciables trans’ (2).

1) Quand la pyramide des normes n’est pas un compas fiable

Comme dans le chapitre II de cette thèse, la décision qui nous été transmise suite à l’observation d’audience manquée, ne fait pas mention d’une demande à l’aire coutumière, mais s’est prise en accord avec deux assesseurs coutumiers présents à l’audience, et affirme ce qui suit :

> « Attendu que constatant le changement de sexe médicalement définitif, le comportement et l’identité sexuelle du requérant, connus de la cellule familiale, est conforme à son comportement social, étant observé que la coutume ne s’initie[2] pas dans la vie la plus

[1] CALLON, Michel. « La sociologie peut-elle enrichir l’analyse économique des externalités ? Essai sur la notion de cadrage-débordement » *Innovations et performances*. Paris : Éditions de l’EHESS, 1999, p. 399-431.

[2] Il s’agit très probablement d’une coquille de la part du juge, qui veut sans doute dire que la coutume ne « *s’immisce* pas » dans les aspects de la vie la plus intime des personnes.

intime des personnes et n'a dès lors pas pour objet d'en exclure les sujets au regard de leur vie privée.

Que la demande du requérant étant légitime, il convient d'y faire droit. »[1]

L'exceptionnalité de ce jugement par rapport aux observations présentées dans le chapitre précédent, se situe en ce qu'il n'appelle pas d'acte coutumier, ou d'autorisation des chefs de clans pour accorder la modification de l'état civil coutumier. Ce jugement adopte ainsi une position bien plus malléable en termes d'indisponibilité et d'immutabilité[2] de l'état civil que ce qui a été observé dans le chapitre précédent (*i.e.* les demandes de changement de prénoms, les affaires N11 et N12, p. 216). L'exceptionnalité du cas est stabilisée par son absorption dans un raisonnement juridique par ailleurs parfaitement routinier[3]. Les opérations juridiques mobilisées, le sont de la même manière que dans nombre de cas observés au chapitre IV. La première impression du magistrat classe d'emblée le cas dans la catégorie des « cas difficiles », où la jurisprudence soutient une démarche exploratoire, c'est-à-dire que l'on y cherche des solutions (a), que celles-ci soient retenues ou transformées (b).

a) Un précédent de 2015 : une démarche exploratoire prétorienne

La jurisprudence coutumière générale a eu tendance, comme nous l'avons vu à renforcer le principe d'indisponibilité et d'immutabilité, en exerçant un contrôle relativement strict sur les procédures « coutumières » - qu'il s'agisse d'un préalable coutumier (le « geste coutumier ») ou d'un acte coutumier (marquant l'accord du chef de clan). De l'application de cette jurisprudence aurait résulté de la nécessité de renvoyer l'affaire pour que la justiciable puisse obtenir un acte coutumier attestant soit de l'accord de son chef de clan, soit éventuellement de son désaccord. Si l'on s'en réfère à la jurisprudence sur les dissolutions des mariages coutumiers par exemple, la possibilité que le tribunal passe outre et accorde la demande tout en constatant le désaccord du chef de clan aurait subsisté. Néanmoins pour des raisons difficiles à

---

[1] TPI de Nouméa, 5 décembre 2017, RG 17/00134

[2] Voir chapitre précédent. Notamment EGEA, Pierre. « L'indisponibilité de la personne ». *Op. cit.*

[3] « L'histoire des catégories juridiques ne consiste pas dans l'extension continue d'une solution particulière transportée d'un contexte à l'autre, jusqu'au point où elle deviendrait une figure abstraite et prête à tout usage. À l'inverse, c'est au moment même de l'exception lorsqu'une solution se saisit en sa circonstance la plus extrême, que son degré de généralité est au plus haut. Ce n'est plus dès lors à une généralité que nous avons affaire, mais plutôt à une stabilisation de l'exceptionnel. » THOMAS, Yan. « L'extrême et l'ordinaire. Remarques sur le cas médiéval de la communauté disparue » in Marie-Angèle HERMITTE et Paolo NAPOLI (éd.). *Les opérations du droit*. Paris : EHESS, Gallimard, Seuil, 2011, p. 209.

déterminer avec certitude (mais sur lesquelles je vais revenir), le magistrat ne veut pas prendre ce risque. Le magistrat cherche toutefois des appuis juridiques pour aller de l'avant dans son raisonnement. Bien que je lui aie moi-même indiqué le précédent existant sur la même demande, il est raisonnable d'imaginer que la greffière G2 aurait trouvé le précédent dont j'avais connaissance, puisqu'il n'y en a qu'un seul.

La demande de changement de sexe à l'état civil coutumier précédente a été traitée par la section détachée de Koné, en 2015. Elle aboutit à la décision suivante :

> « La présente requête est bien fondée au plan médical ; le changement de sexe est indiscutable ; [prénom masculin] expose que son statut coutumier ne fait pas obstacle à la modification de genre intervenue ; qu'au sein de sa famille et du clan il est parfaitement accepté en tant que femme. M. W.*[1], assesseur coutumier, présent en tant qu'*amicus curiae*, confirme que cette question relève de la décision de la famille, cellule du clan ; s'agissant d'une question intime il n'est pas nécessaire d'interroger le clan concerné, nécessairement averti, ni de renvoyer à un acte coutumier, alors que la transformation est réalisée. Il convient, en conséquence, de faire droit à la demande de changement de sexe du requérant et compte tenu de l'intérêt légitime à ce que [prénom masculin] se prénomme désormais [prénom féminin], suite au changement de sexe, à sa demande de modification des prénoms »[2].

Seul l'un des deux assesseurs coutumiers était présent. Comme nous l'avons vu dans le chapitre II, selon l'ordonnance de 1982, les assesseurs coutumiers doivent siéger en nombre pair. Quand seulement un assesseur se présente, il s'agit d'une formation irrégulière de la juridiction coutumière. Cela a été le cas lors de toutes mes observations en province Nord (voir chapitre précédent). Dans ces conditions, le magistrat peut statuer seul, à condition que les parties l'acceptent. De surcroit, j'ai mentionné plus haut que la Cour d'appel avait décidé que l'absence d'assesseurs coutumiers n'a aucun effet sur l'applicabilité des principes coutumiers[3]. Cependant comme la demande de changement de sexe à l'état civil coutumier semblait être un cas inhabituel aux yeux du magistrat, le Magistrat M2 a vraisemblablement tenté de parer à cette irrégularité, en donnant le statut d'*amicus curiae* à l'assesseur coutumier présent. Ni témoin ni expert, l'*amicus curiae* aide le juge à dégager les informations nécessaires à la prise de décision, mais n'est pas soumis aux règles de la récusation[4]. Ce sont surtout les tribunaux

[1] Par souci d'anonymat, nous avons remplacé toutes les initiales du jugement.

[2] TPI de Nouméa, Section détachée de Koné, 12 juin 2015, RG 15/182

[3] Cour d'appel de Nouméa, 28 avril 2011, RG 10/00054

[4] Code de procédure civile, Articles.27 al.2 et 181.

anglais et américains qui utilisent la fonction d'*amicus curiae* pour obtenir des éclaircissements sur des questions d'ordre général, mais essentielles à la prise de décision ou à la résolution du litige. La figure de l'*amicus curiae* est intéressante puisque largement sous-utilisée dans le système de droit civil français[1], elle permet, dans le cas de la décision de 2015, de donner une voix officielle à l'assesseur coutumier présent, qui aurait autrement été complètement effacé de la décision.

Dans le cadre d'un entretien avec la requérante de l'affaire de 2015, celle-ci explique qu'au départ, le juge refusait de lui accorder le changement de la mention du sexe à l'état civil coutumier, parce qu'elle n'avait pas de document attestant de l'accord de son chef de clan. Étant la première trans' kanak à effectuer les démarches de demande de changement de sexe à l'état civil coutumier, Marina[2] s'était fait conseiller par des amies trans' qui relevaient de l'état civil de droit commun. Son dossier était donc une demande de changement de sexe à l'état civil « classique », ce qui a fait douter le juge de la marche à suivre.

> « Je me suis présentée sur Poindimié. […] Et le juge il ne voulait pas. […] Parce qu'il fallait l'accord des parents. Je lui ai dit (…) que je respecte la coutume, le [assesseur] coutumier il était là - en plus moi je ne savais même pas qu'il était de chez moi ! Je respecte la coutume, il n'y a pas de soucis, mais comme je suis la première, je ne savais pas qu'il fallait passer par le droit coutumier. Toutes mes copines, sont passées par le droit commun. J'étais la première Kanak. Donc comme le coutumier il était là, il a expliqué [au juge], et après c'était bon. Donc après j'ai attendu qu'ils aient jugé sur Koné, le tribunal de première instance et c'était bon. […] J'ai eu de la chance parce qu'il me connaissait. Il disait : "Elle a toujours été comme ça et sur Houaïlou tout le monde la connaît comme ça". »[3]

Ce récit montre, comme le chapitre précédent, l'importance donnée à l'accord du chef de clan, comme épreuve coutumière, dans le canevas établi par les juridictions coutumières. C'est finalement l'assesseur coutumier — manifestement moins tenu par les précédents établis par la juridiction — qui fait preuve de plus de flexibilité dans l'approche de ce cas. L'assesseur

[1] Benjamin Rottier note qu'avec la loi de modernisation de la justice (J21), l'ouverture de la Cour de cassation aux éléments de contexte, est consacrée par la revalorisation de la figure de l'*amicus curiae*. Voir ROTTIER, Benjamin. « Le juge judiciaire face aux données empiriques », *Revue française d'administration publique*. 29 septembre 2020, vol.173 No. 1. p. 55-67.

[2] Je rappelle que par souci d'anonymat, j'utilise des pseudonymes pour mes interlocuteurs.ices. Voir le tableau des entretiens en annexe.

[3] Entretien avec Marina, première trans' kanak à changer de sexe à l'état civil coutumier en 2015 au TPI de Koné, 19 avril 2019

coutumier se porte en quelques sortes garant de la reconnaissance familiale, sociale et coutumière dont Marina fait effectivement l'objet.

L'assesseur coutumier présent aurait donc eu un rôle de facilitateur, de médiateur, entre la justiciable et le juge. Le magistrat aurait apparemment eu tendance à appliquer la règle habituelle concernant les changements à l'état coutumier, comme les affaires N11 et N12 (p. 216) de changement de prénom, indépendamment du profil de la requérante ou de sa nouvelle demande. Dans le cas de 2015, comme dans celui de 2017, l'enjeu de l'opération de cadrage est de se défaire de la nécessité de recourir aux actes coutumiers et de demander l'accord du chef de clan.

Quand j'ai questionné le Magistrat M3, rédacteur de la décision de 2017, sur l'influence qu'avait eu la décision de 2015 dans son raisonnement, celui-ci tend à en minimiser l'importance. Il a pris de son côté, la décision de ne pas demander d'indications aux institutions coutumières, comme il y avait pensé de prime abord (solution 2 présentée plus haut).

> « À un moment je m'interrogeais pour effectivement consulter les aires … mais bon [souffle]. Le problème c'est que d'expérience - pas de moi personnellement mais de mes prédécesseurs- c'est qu'ils n'avaient jamais de retour. [rires] Donc ce n'est pas satisfaisant pour la personne dont le dossier n'avance pas... En fait je pense que finalement ça accorde une importance à quelque chose qui reste de l'ordre de l'orientation privée de la personne… Et si en plus les aires et le Sénat pouvaient déroger sur la question et dire qu'ils sont contre.... Ce n'est pas eux qui décident de faire l'opération donc ça avait peu de sens [de leur demander l'autorisation]. »[1]

Une fois encore, comme nous avons pu le constater dans le chapitre précédent, les professionnels du droit ont tendance à privilégier un raisonnement pratique plutôt que rigoureusement formaliste. L'intuition du Magistrat M3, est en effet que la demande doit être accordée. L'opération de cadrage se fait donc en fonction du résultat attendu de la décision. Une application automatique des principes dégagés par les précédents de la juridiction coutumière, telle qu'elle a été exposée au chapitre précédent, aurait pu éventuellement aboutir à un résultat négatif, ce que le juge veut éviter. Le juge se trouve au cœur des enjeux du raisonnement juridique lorsqu'il hésite face au choix de la norme coutumière à appliquer.

[1] Entretien avec le Magistrat M3, 29 août 2018

Pour justifier la différence de cadrage dans l'affaire de 2017, le magistrat a recours à la notion de « vie privée », qui fait écho à l'article 8 de la CEDH[1]. Il y fait référence à plusieurs reprises pendant nombre de nos entretiens, dans les années qui suivent le traitement de l'affaire de 2017. La plupart du temps de manière relativement allusive :

> « Par rapport à la question sur l'accord préalable par exemple... En fait c'est de la vie privée, donc ça ne concerne pas les autorités coutumières. Ça c'est pour la partie de l'intimité. »[2]

> « Donc l'idée du tribunal coutumier c'est de faire un constat et qu'on ne peut pas « exclure » du statut coutumier, et de la coutume au sens large, simplement par rapport à l'orientation sexuelles. Ça, ça concerne la vie privée. »[3]

Et une fois de manière très explicite :

> « C'est pour ça que le seul moyen, la seule échappatoire, c'est en passant du côté "vie privée" parce que c'est la Convention européenne des droits de l'homme. Et ça dépasse n'importe quoi. Donc même si on est dans des sujets qui sont au sens du droit commun "libres", la coutume n'est pas dans un affrontement, un jusqu'auboutisme, à dire aux personnes "non vous n'avez pas de libertés". Parce que là vraiment il y a un mouvement général. Donc là, on ne peut pas avoir d'oppositions. »[4]

Le cadrage choisi par le magistrat est donc bien celui de l'article 8 de la CEDH, qui a été mobilisé à plusieurs reprises par les chambres coutumières comme nous l'avons vu dans le chapitre précédent. Néanmoins, l'utilisation qui en sera faite dans l'affaire de 2017 reflète une interprétation divergente des dispositions de l'article. En effet, la Cour d'appel de Nouméa avait estimé que l'application de l'article 8 consistait à mettre en œuvre les règles coutumières[5]. L'affaire de 2017 estime que l'article 8 permet au contraire, de limiter l'immixtion de la coutume dans la vie privée.

---

[1] Celui-ci établit dès l'alinéa 1 que « toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. (…) ». Article 8, CEDH, *Op. cit.*

[2] Entretien avec le Magistrat M3, 29 août 2018

[3] Entretien avec le Magistrat M3, 12 avril 2019

[4] *Ibid*.

[5] « Le respect dû à la vie privée et familiale postule, en l'espèce, le respect des règles coutumières ». Cour d'appel de Nouméa, 26 mars 2015 RG 14-45, R. Lafargue, cité par FULCHIRON, Hugues. « La filiation ». *Op. cit.* p. 75

b) L'article 8 de la CEDH : une utilisation différenciée

Dans le jugement portant sur la demande de changement de sexe à l'état civil coutumier de 2017, l'article 8 n'est pas cité ou commenté explicitement. En revanche, le Magistrat M3 en mobilise la notion cardinale et en retient l'essence, à savoir le respect de la « vie privée ». En ce sens, l'article 8 de la CEDH est utilisé différemment – voire de manière opposée - de l'usage qu'en ont fait les juridictions coutumières auparavant puisqu'il permet au Magistrat M3 de ne pas recourir aux principes dégagés par les précédents coutumiers et d'affirmer que

> « la coutume ne [s'immisce] pas dans la vie la plus intime des personnes et n'a dès lors pas pour objet d'en exclure les sujets au regard de leur vie privée ».

Si cette dernière affirmation relève elle-même d'une opération juridique de présomption (section C.2 de ce chapitre) la manière dont le raisonnement se construit dans l'affaire de 2017 continue à nourrir l'idée selon laquelle il y aurait un cadre coutumier qui établit une substance fortement subordonnée à une dimension procédurale. Cette difficulté à articuler frontalement droits fondamentaux et coutume relève à mon sens de l'incertitude sur ce que revêt exactement cette notion pour les magistrats, ainsi que (pour certains d'entre eux du moins) de leur réticence à se prononcer sur la question.

É. Cornut observe à propos de la législation française, que celle-ci ne peut pas réglementer la coutume de manière substantielle :

> « Au regard de l'Accord de Nouméa, si le législateur peut intervenir pour encadrer la coutume par le respect de valeurs jugées fondamentales, cette intervention sera nécessairement limitée car aucune institution ne peut réglementer le fond de la coutume kanak. Tout au plus la loi peut-elle définir le régime juridique du statut civil coutumier, ou des aspects procéduraux de la coutume, comme sa preuve, l'état civil coutumier, telle la loi de pays sur les actes coutumiers, qui prend soin à ne pas pénétrer les entrailles de l'identité kanak. Le fond de la coutume reste aux coutumiers et aux Kanak eux-mêmes. »[1]

Cette incertitude (ou cette ignorance volontaire) sur ce qui constitue le fond de la coutume permet de procéder à des cadrages très différents d'un même texte de loi, notamment en ce qui concerne l'article 8 de la CEDH. Que la « vie privée » soit respectée par l'application d'un régime juridique particulier ou que celui-ci ne doive pas « s'immiscer » dans la vie privée des personnes, ces deux utilisations de l'article 8 de la CEDH éprouvent la coutume de deux manières presque opposées. Ces deux cadrages se positionnent différemment par rapport à la

[1] CORNUT, Étienne. « L'application de la coutume kanak par le juge judiciaire à l'épreuve des droits de l'homme ». *Op. cit.* p. 260

conception pyramidale que les magistrats ont des normes, avec des droits fondamentaux surplombants[1].

Lors d'un entretien avec le Magistrat M3 un an après qu'il ait pris la décision à l'étude, celui-ci explique à nouveau les raisons qui l'ont amené à formuler la décision autour des notions « d'intimité » et de « vie privée ». D'une part, il m'explique que la notion « d'intimité » est pour lui employée de manière très restrictive pour désigner les parties génitales des personnes. Il s'agit ainsi de limiter la portée de la décision et de ne pas remettre en cause le fonctionnement habituel des juridictions coutumières autour des demandes d'autorisation des chefs de clan. D'autre part, ce type de formulation permet selon lui de résoudre dans le cadre du cas à l'étude, la tension entre droits humains et nécessité de demander l'autorisation du chef de clan, en s'en passant dans des circonstances exceptionnelles, touchant à « l'intimité ». C'est « le seul moyen », « la seule échappatoire » et « ça dépasse n'importe quoi » parce qu'il y a « un mouvement général », donc « on ne peut pas avoir d'oppositions »[2].

Ce « mouvement général », auquel on ne peut pas s'opposer, et qui « dépasse n'importe quoi » selon le juge, fait écho à de multiples condamnations de la France par la Cour européenne des droits de l'homme, relatives au droit au changement de sexe à l'état civil, en 1992[3] puis à nouveau en 2017[4] - concordant à quinze années d'écart sur le fait que le refus d'accorder un changement de sexe à l'état civil témoignait d'un manque de respect de l'article 8 de la CEDH[5].

---

[1] DE BECHILLON, Denys. « Sur la conception française de la hiérarchie des normes. Anatomie d'une représentation », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*. 1994, vol.32 No. 1. p. 81-127.

[2] « Quand on part de la base du mariage quand on dit que c'est le clan qui va choisir avec qui vous allez vous marier, c'est tout à fait logique de penser que le sexe que vous allez avoir va dépendre de votre clan et pas d'une autre personne. Vous voyez ce que je veux dire ? C'est pour ça que le seul moyen, la seule échappatoire, c'est en passant du côté « vie privée » parce que ça, c'est convention européenne des droits de l'homme, etc., ça, ça dépasse n'importe quoi. Donc même si on est dans des sujets qui sont entre guillemets au sens du droit commun "libres", la coutume n'est pas dans un affrontement à aller jusqu'à un jusqu'auboutisme, à dire aux personnes "non vous n'avez pas de libertés". Parce que là vraiment il y a un mouvement général. Donc là on ne peut pas avoir d'oppositions. » Extrait d'entretien cité précédemment (p. 271). Entretien (téléphonique) avec le Magistrat M3, 29 août 2018, Paris/Lifou

[3] Cour européenne des droits de l'homme, *Botella c. France,* Requête n° 13343/87, 25 mars 1992, JCP 1992, 415-419

[4] Cour européenne des droits de l'homme, *A. P., Nicot et Garçon c. France,* Requête n° 79885/12, 52471/13 et 52596/13, 6 avril 2017. Voir pour un commentaire détaille de la décision MORON-PUECH, Benjamin. « L'arrêt A. P., Nicot et Garçon c. France ou la protection insuffisante par le juge européen des droits fondamentaux des personnes transsexuées. Droit au respect de la vie privée (Art. 8 CEDH) », *La Revue des droits de l'homme. Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux*. 3 mai 2017.

[5] *Botella c. France, Op. cit.*

Ce « mouvement général » auquel le Magistrat M3 fait référence interroge donc les points aveugles du raisonnement juridique, repérés grâce aux entretiens, qui ne prend en compte ni la législation française (avec laquelle le jugement est pourtant *in fine* parfaitement aligné), ni l'importance symbolique de l'état civil coutumier en termes identitaires (que cela ait trait aux caractéristiques culturelles ou individuelles).

2) La recherche d'autonomie des juridictions coutumières

Bien que les données récoltées en entretien ne permettent pas d'établir une incidence directe de la législation française en matière de changement de sexe à l'état civil sur les décisions prises par les juridictions coutumières, il est difficile de ne pas s'y référer étant donné que les décisions entrent tout de même dans ce cadre. On peut émettre l'hypothèse que le cadre légal français n'est mentionné à aucun moment pour entretenir l'idée d'une autonomie relative des juridictions coutumières en son sein. Comme le magistrat n'est pas requis de se prononcer sur une quelconque articulation entre droit coutumier et les autres ordres normatifs, il ne le fait pas et ne cite pas explicitement l'article 8 de la CEDH. Ce non-dit dans la décision renforce une conception étanche, à part, des juridictions coutumières, en dehors du droit civil français. Ici la recherche par entretiens n'est plus suffisante, et les connaissances ethnographiques acquises en dehors du cas d'étude permettent de compléter utilement les données.

Les justiciables trans' de statut coutumier ne sont pas informées par ces considérations mais par le cadre législatif de droit commun (a), qui est lui-même transformé par l'enjeu de mutation de l'état civil qui traverse une bonne partie des pays, que ce soit en raison des demandes de changement de sexe ou de la remise en cause plus large des principes d'immutabilité et d'indisponibilité des personnes (b).

a) S'affranchir de la législation française

Dans le cadre de ma recherche, j'ai rencontré trois Kanak trans' de statut coutumier. L'une est Marina, la justiciable de l'affaire de 2015. J'ai eu le contact de Marina via une collègue chercheuse, Maroua Marmouch qui avait elle-même rencontré Marina lors de son terrain de recherche[1]. Marina vient de province Nord mais vit à Nouméa. Elle m'a donné le contact de Kelly, qui vient des Îles Loyauté, mais qui vit également à Nouméa. Enfin en contactant

[1] Je remercie encore Maroua Marmouch de m'avoir rencontré et aidé dans mes recherches. MARMOUCH, Maroua. *Transgenres en Nouvelle-Calédonie : discussions intimes sur des parcours de vie wallisiens et quelques parcours kanak*, *Op. cit.*

l'association le Lotus Doré, qui organise Miss Papillon[1], un concours de beauté trans' très populaire en Nouvelle-Calédonie, ceux-ci ont accepté de me mettre en relation avec l'une de leurs anciennes lauréates, Tara. Tara vit en tribu en province Sud, je suis allée à sa rencontre.

Par ailleurs j'ai pu constater sur le terrain que la question trans' chez les Kanak a été relativement mise sur le devant de la scène récemment puisque la fille ainée trans' d'un des grands chefs dans les Îles Loyauté, a fait son changement d'état civil en 2019 et un documentaire a été réalisé à son sujet en 2021[2]. Celui-ci devait être diffusé dans le 9 mars 2021, en *prime time* sur l'une des grandes chaines publiques de la Nouvelle-Calédonie, mais il a été déprogrammé. Le directeur régional de la chaîne a dû s'en expliquer[3] face à des pétitions de la part de l'association Diversité NC[4]. La fille du grand chef s'est positionnée publiquement sur les réseaux sociaux pour expliquer qu'elle avait besoin de temps pour faire comprendre sa situation et son identité à ses proches, et qu'elle avait donné sa parole à son grand frère (le grand chef) et aux responsables coutumiers de ne pas diffuser le documentaire[5].

Par la situation coutumière de la fille du grand chef, et ses prises de positions publiques, toutes mes interlocutrices la connaissent. Les assesseurs coutumiers ainsi que le Magistrat M3 l'ont rencontrée dans le cadre de sa demande de changement de sexe à l'état civil coutumier[6].

---

[1] Ce concours de beauté réservé aux trans' de Nouvelle-Calédonie (prestation de groupe sur des musiques modernes occidentales, défilé en habit traditionnel, en robe de soirée, réponses à des questions) est organisé de façon irrégulière, mais très médiatisée. Avant celui de 2013, la dernière édition datait de 2000. Il a eu lieu à nouveau en 2015, puis en 2018.

[2] DESBOUIGES, Emmanuelle et Dorothée TROMPARENT. « La fille du grand chef », *Nouvelle Calédonie la 1ère*. 9 mars 2021.

[3] KOTRA, Wallès. « Pourquoi nous avons déprogrammé le documentaire "La fille du grand chef" ce mardi 9 mars ». En ligne : https://www.facebook.com/watch/?v=157404926221088 [consulté le 3 avril 2022].

[4] ASSOCIATION, Diversité NC. « POUR LA DIFFUSION DE "LA FILLE DU GRAND CHEF" », Blog *Change.org*. En ligne : https://www.change.org/p/nouvelle-caledonie-la-1ere-pour-la-diffusion-de-la-fille-du-grand-chef [consulté le 3 avril 2022].

[5] Entretien avec Dorothée Tromparent, réalisatrice du documentaire « La fille de du grand chef », 6 mai 2021. Ceci m'a été confirmé lors d'échanges mails ultérieurs à la date du 3 avril 2022.

[6] Selon ce que j'ai pu déduire des conversations avec le Magistrat M3, celle-ci a été traitée par la section détachée de Lifou dans le courant de l'année 2019. Pour ne pas être trop intrusive, et n'ayant pas rencontré la fille du grand chef, je n'ai pas osé demander plus d'informations à la juridiction coutumière à son sujet.

Toujours est-il qu'au moins au sein de la juridiction coutumière, les différentes demandes reçues[1] ont donné une certain visibilité au sujet.

Parmi les interlocutrices trans' relevant du statut coutumier rencontrées au cours de mes terrains de recherche, seulement l'une d'elles, Kelly, qui travaille dans l'administration publique, est informée de la possibilité que les juridictions coutumières demandent une autorisation du chef de clan. Elle est prête à renoncer à son statut coutumier si l'obtention du changement s'avère trop difficile en restant sous le statut coutumier.

> « Si je vois qu'il n'est pas d'accord, sur ma position, sur mon point de vue, mon courrier [pour renoncer au statut coutumier] est déjà prêt. J'ai travaillé avec une collègue qui est juriste, par rapport aux mots qu'il faut employer... Mais c'est vrai que chez nous, ce n'est pas évident. Des fois j'en pleure…parce qu'ils ne comprennent pas… Ce qui nous bloque nous, c'est la coutume. S'il y avait une loi qui disait que les gens comme nous, au niveau du changement d'identité, il n'y avait pas d'embûches, qu'il y avait une facilité…parce qu'il faut attendre que le chef de clan réunisse tout le monde…et puis, nous, on n'aime pas se montrer…on n'est pas des animaux…ça reste une maladie, je ne vais pas vous cacher… c'est quand même… C'est une souffrance. »[2]

Une autre justiciable, Tara, vit en tribu et se trouve un peu plus tiraillée par l'idée de renoncer à son statut coutumier.

> « Si c'est plus simple de passer par le statut [de droit] commun [pour changer de sexe à l'état civil] pourquoi pas ? … Mais je ne veux pas mettre de côté le statut coutumier… Il est très important pour moi. Je respecte ma culture et du coup, c'est vraiment très important pour moi. »[3]

L'éventualité de devoir demander une autorisation au chef de clan n'est pas systématiquement envisagée, mais si elle l'est, elle est vue comme un obstacle par mes interlocutrices dans leurs démarches.

Marina, en tant que pionnière de la démarche, avait été guidée par des amies trans' de droit commun, et n'avait donc pas envisagé de devoir demander l'autorisation du chef de clan pour déposer sa demande. La justiciable de l'affaire de 2017 a été conseillée par Marina, parce qu'elles se connaissent et viennent de la même aire coutumière. Ces deux premières demandes

---

[1] Les juridictions coutumières auraient traité environ 4 à 5 dossiers depuis 2015 selon les magistrats que j'ai rencontrés. Un en 2015, un en 2017 et un ou deux en 2018 et au moins un en 2019. Mes informations s'arrêtent là.

[2] Entretien avec Kelly, 18 avril 2019

[3] Entretien avec Tara, 15 avril 2019

(2015 et 2017) ont orienté le raisonnement juridique des juridictions coutumières en ne se conformant pas au cadre habituel de décision concernant l'état civil coutumier, à savoir la présentation d'un acte coutumier. Si ces justiciables avaient d'emblée présenté ces documents, il est raisonnable d'émettre l'hypothèse que le résultat du raisonnement aurait été fort différent. Elles ont créé le « débordement » nécessaire à un nouveau « cadrage » si l'on s'en réfère aux termes de M. Callon[1].

Les justiciables étant principalement informées par le droit commun, on ne peut pas nier l'influence que celui-ci a pu avoir sur les jugements. Les professionnels du droit ont pourtant une approche de la juridiction coutumière comme très étanche au droit civil français. La tendance est à l'affirmation d'une conception de la juridiction coutumière comme une bulle détachée de son contexte institutionnel. Elle serait indépendante des changements qui touchent le droit commun. Quand je l'interroge sur les changements de la législation française qui ont eu lieu en 2016, le Magistrat M3 m'affirme qu'après s'être penché sur le cas de la demande de changement de sexe à l'état civil coutumier il n'avait « pas creusé le droit commun ». « Je ne peux pas vous dire, je ne sais pas ». Il affirme ainsi à propos de la juridiction coutumière :

> « Mais c'est le problème de la coutume ; ce que je veux dire c'est que les gens qui y réfléchissent sont quasiment tous de droit commun, donc ils voient tout par l'ornière du droit commun. On considère tous que le droit commun « c'est la meilleure des choses ». Mais, quand on est dans la [coutume], on constate, on prend du recul et on se dit que c'est deux ordres de fonctionnements différents. Ce que j'ai appris en étant ici c'est d'enlever tout jugement de valeur. J'applique un texte. Je ne dirais pas que je deviens un automate, mais je me positionne dans la coutume, je ne me dis pas "ah mais ça n'a pas de sens!" "ah mais quelles vont être les conséquences?". Parce que quand vous demandez quelles sont les conséquences vous le faites d'un point de vue du droit commun. Parce que vous n'êtes pas rentré dans l'esprit coutumier. Vous voyez ce que je veux dire? Ça il y a que les gens qui le vivent et qui sont dans le truc qui ont une espèce de « dédoublement de personnalité ». Une personnalité de droit commun et une personnalité coutumière. »[2]

Cette idée d'une grande étanchéité entre les deux ordres – droit civil et droit coutumier – est l'idéal vers lequel semblent tendre tous les professionnels du droit qui ont siégé à la chambre coutumière. Il s'agit d'une posture qui s'explique également par les enjeux politiques de décolonisation du droit tels que les magistrats les perçoivent.

---

[1] CALLON, Michel. « La sociologie peut-elle enrichir l'analyse économique des externalités ? Essai sur la notion de cadrage-débordement ». *Op. cit.*

[2] Entretien avec le Magistrat M3, 29 août 2018

> « Mais attendez mais qui sommes-nous pour dire ce qui est le meilleur pour les Kanaks ? Qui sommes-nous ? Franchement ? De quel droit est-ce que je vais m'autoriser à dire « vous allez être jugé comme ça ou autrement ? » Non ! Ils se sont battus depuis des années et ils ont survécu grâce à leur identité et à la préservation de leur identité ; il faut relire Tjibaou. « Ce n'est pas le passé, c'est l'avenir ». C'est une affirmation. La culture a été un moyen de préserver leur identité et de continuer aujourd'hui à exister en tant que peuple autochtone ; alors qu'ailleurs ils sont décimés. Et ça c'est respectable. C'est tout. Donc moi je ne veux pas participer au génocide des peuples autochtones. Moi je suis là, dans un processus qui a été initié par l'Accord de Nouméa et qui va aboutir à je ne sais quoi – ce n'est pas mon problème, c'est le leur, et je ne suis pas inscrit sur les listes spéciales[1], je ne suis pas un électeur qui aura à déterminer ce qui sera l'avenir du pays. Je suis là pour exercer une fonction qui sera toujours nécessaire – quel que soit l'avenir institutionnel. Mais dans le respect de ce qu'est ce pays, et sa réalité. Si certains veulent faire du colonialisme juridique, c'est leur problème. Mais moi je n'ai pas à dire ce qui est bon pour les kanaks. C'est fini les missionnaires là ! »[2]

Cette conception d'une mission de décolonisation du droit à travers la pratique des juridictions coutumière pose frontalement la question de leur positionnement en tant que professionnels du droit.

> « Le psychiatre est toujours fou. Mais pourtant le psychiatre s'occupe des fous. Donc le juge coutumier c'est un enkanaké[3]. C'est ce qui a été dit à un moment donné. [...] On se demande ... être « juge coutumier », on se demande si ça va ensemble. Est-ce qu'on peut être juge et s'occuper de la coutume ? »[4]

L'idée sous-jacente à ces positionnements est que la pratique du droit coutumier est fondamentalement différente de celle du droit civil. Il faut en tant que juge coutumier se réinventer une pratique professionnelle. Trouver sa place par rapport aux assesseurs coutumiers. « S'imprégner d'une nouvelle culture », et donc de nouvelles normes. Cette position est cohérente avec le rôle attribué aux juridictions coutumières de « conservatoires de la coutume »

---

[1] « Le corps électoral pour les élections aux assemblées locales propres à la Nouvelle-Calédonie sera restreint aux personnes établies depuis une certaine durée. » (Préambule de l'Accord de Nouméa, *Op. cit.*) relatif à ce que l'on appelle dans le langage courant « le corps électoral gelé ». Il s'agit des personnes nées sur le territoire ou établies avant 1998. Voir CLINCHAMPS, Nicolas. « Distorsions et corps électoraux en Nouvelle-Calédonie », *Pouvoirs*. 22 décembre 2008, vol.127 No. 4. p. 151-165.

[2] Entretien avec le Magistrat M2, 21 juillet 2016

[3] Terme péjoratif, qui date de l'époque coloniale. Historiquement, terme n'est pas propre à la Nouvelle-Calédonie comment en témoigne son utilisation par un personnage de fiction d'un auteur belge, à propos d'un autre personnage fictif évoluant au Congo. « Je crois surtout qu'il avait envie de vivre dans la brousse, de s'encanaquer comme nous disions là-bas. » SIMENON, Georges. *L'enterrement de monsieur Bouvet: Romans durs*. Paris : Place des éditeurs, 1950. p. 45.

[4] Entretien avec le Magistrat M1, 6 décembre 2016

que j'ai pu observer pendant les audiences décrites au chapitre précédent. Les magistrats ne savent pas précisément ce qu'est la coutume, ils la définissent donc par ses bords ou en opposition à ce qu'elle n'est pas selon eux (la coutume n'est pas du droit civil).

Ce positionnement soustrait les juridictions coutumières à la pyramide des normes en vigueur en France. Elle pose avec beaucoup d'acuité la question de l'articulation des droits fondamentaux et du droit coutumier tel qu'il est appliqué dans les juridictions. Il a été déterminé au chapitre III qu'en matière de droit civil, l'application de la coutume ne peut pas être écartée. Néanmoins cette position est à nuancer puisque certains usages de l'article 8 expliqués plus haut, supposent implicitement l'acception de l'insertion des juridictions coutumières dans une hiérarchie des normes. Par ailleurs, les dossiers amenés par les premières justiciables trans' de statut coutumier sont relativement déterminants dans le raisonnement juridique – de surcroit dans une juridiction qui s'appuie autant sur les précédents - à tel point que le Magistrat M3 affirme qu'il « applique un texte ». Le dossier de demande de changement de sexe présenté par les justiciables a été traité, selon nos entretiens, en fonction des exigences du droit civil français. Or, celui-ci a connu un changement net en 2016, entre les affaires cas qui constituent le cœur de la démonstration. La dynamique centrale qui caractérise ces évolutions législatives est l'érosion du principe d'indisponibilité et d'immutabilité de l'état civil[1]. Nous allons à présent détailler l'essentiel de ces évolutions afin de saisir le cadre au contact duquel les justiciables trans' kanak sont tout autant.

J'ai déjà mentionné la condamnation de 1992 de la France par la Cour Européenne des droits de l'homme. À la suite de celle-ci, la Cour de cassation établit une liste de conditions à remplir qui restera en vigueur jusqu'à une loi dans le domaine en 2016[2], pour contourner le principe d'indisponibilité des personnes qui était le levier utilisé pour refuser d'accorder les changements de sexe à l'état civil :

> « lorsque, à la suite d'un traitement médico-chirurgical subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome du transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, le principe du respect dû à la vie privée justifie que son État civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence ;

---

[1] JAUNAIT, Alexandre. « Genèses du droit de l'identité de genre. Approche des configurations sociojuridiques », *Droit et société*. 13 octobre 2020, vol.105 No. 2. p. 429-451.

[2] Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle (J21), Dispositions relatives à l'état civil (Articles 51 à 57), *JORF*, n° 0269, 19 novembre 2016.

> que le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ne fait pas obstacle à une telle modification. »[1]

La Cour établit ainsi explicitement trois critères : présenter le syndrome du transsexualisme médicalement constaté (1) ; avoir subi un traitement médico-chirurgical lui ayant fait perdre certains caractères de son sexe d'origine (2)[2] ; et enfin, avoir pris l'apparence physique et le comportement social de l'autre sexe (3).

Le débat juridique qui conduit à une seconde condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme porte sur l'interprétation par certains tribunaux, de l'existence d'un quatrième critère, qui serait celui de la désignation d'un ou de plusieurs experts par la justice, plutôt que de se reposer uniquement sur des dossiers constitués par les justiciables.

Ce cadre jurisprudentiel n'a donc pas assuré l'harmonisation souhaitée sur l'ensemble du territoire, certaines juridictions de première instance étant plus ou moins exigeantes au regard des critères fixés par la Cour de cassation, ce qui a créé une inégalité de traitement entre les justiciables, en matière de demandes de changement de sexe sur les registres d'état civil[3].

La justiciable A.P par exemple qui a mené ses revendications jusqu'à la Cour européenne des droits de l'homme en 2017 s'est vu refuser ses demandes de changement de sexe à l'état civil à plusieurs reprises, alors même qu'elle avait subi une opération de réassignation sexuelle en Thaïlande — parce que la jurisprudence française en avait fait une condition du changement d'état civil ; et qu'elle avait produit de multiples certificats médicaux de plusieurs spécialistes spécifiant que « la demande de changement d'état civil [était] impérative et recevable [et faisait] partie intégrante de sa prise en charge »[4]. Le tribunal de grande instance de Paris

---

[1] Cour de Cassation, Assemblée plénière, 11 décembre 1992, n°91-12.373 (arrêt 2), Bull. civ., 1992, A.P. n° 13, p. 27

[2] Les traitements médico-chirurgicaux, alors exigés, se composent d'opérations de réassignation sexuelle (ablation des organes génitaux d'origine et remplacement par des organes artificiels) conduisant donc à la stérilité du transsexuel.

[3] BEAUBATIE, Emmanuel. « Changer de sexe et de sexualité », *Revue française de sociologie*. 2019, Vol. 60 No. 4. p. 621-649.

[4] Cité dans *A.P., Nicot et Garçon c. France, Op. cit.* §13.

demandera néanmoins des expertises supplémentaires, à la charge de la requérante. Celle-ci refuse de s'y soumettre et se voit déboutée de sa demande[1].

La cour d'appel de Paris, contourne l'article 8 de la CEDH et va dans le sens du TGI, en soulignant que

> « l'atteinte à la vie privée qui pourrait y être portée [était] proportionnée à l'exigence du constat de l'identité sexuelle, laquelle est une composante de l'état de la personne soumise au principe d'ordre public de l'indisponibilité »[2].

Elle accorde toutefois le changement de prénom. La requérante poursuit alors ses revendications devant la Cour de cassation qui rejette son pourvoi pour les motifs suivants :

> « (…) attendu que, pour justifier une demande de rectification de la mention du sexe figurant dans un acte de naissance, la personne doit établir, au regard de ce qui est communément admis par la communauté scientifique, la réalité du syndrome transsexuel dont elle est atteinte ainsi que le caractère irréversible de la transformation de son apparence ; qu'après avoir examiné, sans les dénaturer, les documents produits, et relevé, d'une part, que le certificat faisant état d'une opération chirurgicale effectuée en Thaïlande était lapidaire, se bornant à une énumération d'éléments médicaux sans constater l'effectivité de l'intervention, d'autre part, que [le premier requérant] opposait un refus de principe à l'expertise ordonnée par les premiers juges, la cour d'appel a pu rejeter sa demande de rectification de la mention du sexe dans son acte de naissance (…) .»[3]

Le débat porte principalement sur les critères entourant le caractère obligatoire de la chirurgie de réaffectation sexuelle (ablation des organes génitaux d'origine et remplacement par des organes artificiels) menant à la stérilité de la personne transsexuelle, certaines juridictions exigeant ce type d'opération, tandis que d'autres s'étaient satisfaites du diagnostic de dysphorie de genre[4]. La Cour européenne des droits de l'homme condamne la France à nouveau à la suite de l'affaire A.P. en considérant que

> « Conditionner la reconnaissance de l'identité sexuelle des personnes transgenres à la réalisation d'une opération ou d'un traitement stérilisants — ou qui produit très probablement un effet de cette nature — qu'elles ne souhaitent pas subir, revient ainsi à

---

[1] Pour plus de détails, voir l'article suivant MORON-PUECH, Benjamin. « L'arrêt A. P., Nicot et Garçon contre France ou le maintien problématique d'une approche biologisante de l'identité sexuée », *Recueil Dalloz*. 2017 No. 18. p. 994-995.

[2] Cité dans *A.P., Nicot et Garçon c. France, Op. cit.* § 25.

[3] Cour de cassation, 1ère chambre civile, Arrêt n°10-26.947, 7 juin 2012, Bulletin 2012, I, n° 123.

[4] COBURN, Elaine. « Défaire et refaire le sexe, le genre, la sexualité. Le sujet intersexe, trans' et queer », *Socio. La nouvelle revue des sciences sociales*. 20 décembre 2017 No. 9. p. 9-31.

> conditionner le plein exercice de leur droit au respect de leur vie privée que consacre l'article 8 de la Convention à la renonciation au plein exercice de leur droit au respect de leur intégrité physique que garantit non seulement cette disposition, mais aussi l'article 3 de la Convention. »[1]

C'est finalement par la voie d'un amendement au projet de loi sur la modernisation de la justice du XXIe siècle que la France va finir par se conformer à la norme européenne concernant les demandes de changement de sexe à l'état civil. La loi du 18 novembre 2016 crée tout spécialement une section au sein du Code civil intitulée *De la modification de la mention du sexe à l'état civil,* qui couvre les articles 61-5 à 61-8 en la matière. L'article 61-5 dispose que

> « Toute personne majeure ou mineure émancipée qui démontre par une réunion suffisante de faits que la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue peut en obtenir la modification.
> Les principaux de ces faits, dont la preuve peut être rapportée par tous moyens, peuvent être :
> 1° Qu'elle se présente publiquement comme appartenant au sexe revendiqué ; 2° Qu'elle est connue sous le sexe revendiqué de son entourage familial, amical ou professionnel ; 3° Qu'elle a obtenu le changement de son prénom afin qu'il corresponde au sexe revendiqué » [2]

Le législateur ne crée rien qui n'a pas d'ores et déjà été dit ou fait dans les prétoires. Le critère principal, déjà présent finalement dans la décision de 1992, est une concordance entre l'apparence physique du justiciable ainsi que son comportement social, qui le rapprocherait de l'autre sexe. La formulation se veut inclusive, ce qui veut dire que les « faits » venant à l'appui de la demande du justiciable doivent être convergents et répondre à la technique du faisceau d'indices[3], plutôt qu'une liste exhaustive et préétablie de preuves à apporter. À cela s'ajoute l'article 61-6 qui précise que

> « La demande est présentée devant le Tribunal de Grande Instance. Le demandeur fait état de son consentement libre et éclairé à la modification de la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil et produit tous éléments de preuve au soutien de sa demande. Le fait de ne pas avoir subi des traitements médicaux, opérations chirurgicales ou une stérilisation ne peut motiver le refus de faire droit à la demande. Le Tribunal

[1] *A.P., Garçon Et Nicot V. France*. *Op. cit.* § 131

[2] Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle (J21).*Op. cit.*

[3] Circulaire du 10 mai 2017 de présentation des dispositions de l'article 56 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle concernant les procédures judiciaires de changement de prénom et de modification de la mention du sexe à l'état civil, *BOMJ* n° 2017-05 du 31 mai 2017.

> constate que le demandeur satisfait aux conditions fixées à l'article 61-5 et ordonne la modification de la mention relative au sexe ainsi que, le cas échéant, des prénoms, dans les actes de l'état civil ».

Il y a deux mouvements intéressants dans cet article qui sont d'un côté, le maintien de la judiciarisation de la procédure — contrairement au changement de prénom qui a été déjudiciarisé par l'article 60 du Code civil — et d'autre part la « démédicalisation »[1] de la procédure, qui est le point réellement innovant du dispositif.

> « C'est à une nouvelle autonomisation des deux logiques que procède la loi de 2016 : un changement de sexe peut s'effectuer dans les deux sphères, mais celles-ci sont désormais séparées, suivant des critères et des logiques propres. Il n'est plus nécessaire de répondre aux critères posés par la science médicale pour changer de sexe et pouvoir être civilement reconnu comme homme ou femme. »[2]

Des juristes ont pu trouver que la loi de 2016 n'offre pas un « cadre clair »[3]. Marie-Xavière Catto a étudié un échantillon de cinquante décisions prises depuis la loi de 2016 pour en évaluer les effets et estimer si oui ou non les demandes de changements de sexe, « après avoir été soumis.es au bistouri des chirurgiens, le furent désormais aux stéréotypes des juges »[4]. Elle constate dans son étude de la jurisprudence que « la médecine, fréquemment présente ou invoquée, n'est plus nécessaire pour changer de sexe » et que « l'objectif annoncé de faciliter la vie des personnes trans' est réalisé »[5].

Le maintien de la judiciarisation de la procédure a néanmoins fait l'objet de contestations de la part de la communauté trans' française, arguant de fait que certains TGI faisaient encore de la résistance et que le fait qu'il faille se « frotter au langage juridique [ce qui] n'est pas évident pour tout le monde » ; et prenant exemple sur des pays pour lesquels le changement de sexe à

---

[1] Termes repris dans la circulaire du 10 mai 2017, *Op. cit.*, p. 1. La page 5 fait référence à une « démédicalisation totale ». Cité dans CATTO, Marie-Xavière. « Changer de sexe à l'état civil depuis la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*. 25 octobre 2019 No. 9. p. 107-129.

[2] *Ibid.*

[3] PARICARD, Sophie. « Du sexe par possession d'état à la consécration de l'identité de genre? » *Personnes et familles du XXIème siècle*. Pau : Presses de l'Université de Pau et des Pays de l'Adour., 2018, p. 33.

[4] CATTO, Marie-Xavière. « Changer de sexe à l'état civil depuis la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle ». *Op. cit.*

[5] *Ibid.*

l'état civil ne nécessite plus aucun passage devant un tribunal, comme l'Irlande, ou l'Argentine[1].

Dans le cas de la Nouvelle-Calédonie, on est encore loin d'aborder ces enjeux, même si certains acteurs locaux contribuent à une plus grande visibilité de la problématique[2]. Ce qui est certain, c'est que le changement de sexe à l'état civil (coutumier), est une étape cruciale pour beaucoup de personnes trans'[3]. On en revient donc à la tension entre « le mouvement général » décelé par le Magistrat M3, dont l'une des caractéristiques est une érosion des principes d'indisponibilité et d'immutabilité de l'état civil, plus spécifiquement en rapport avec les demandes de changement de sexe, et la règle coutumière habituelle, qui a tendance à préserver ces principes, dans le cadre de l'état civil coutumier, avec l'exigence de la présentation d'un accord du chef de clan sous forme d'acte coutumier, qui entre potentiellement en tension avec la protection de la vie privée des personnes.

b) Minimiser l'importance de l'état civil pour les identités kanak et trans'

Les juristes s'accordent à observer qu'il existe aujourd'hui une véritable mutation des fonctions de l'état civil. Celui-ci entend rassembler « l'ensemble des qualités inhérentes à la personne que la loi civile prend en considération pour y attacher des effets » et « l'ensemble des éléments qui concourent à identifier et à individualiser chaque personne dans la société »[4], notamment par l'identification des « événements civils et [d]es relations – significatives pour l'institution – dans lesquelles la personne est partie prenante (à savoir les relations de filiation et d'alliance) »[5]. L'état civil a en somme trois fonctions, l'identification, le traçage de l'histoire civile d'un individu mais aussi le soutien d'une « définition de soi »[6]. L'identification échappait

---

[1] SLAVICEK, Marie. « Changement d'état civil pour les trans' : « On doit encore passer devant un juge, c'est humiliant » », *Le Monde*. 17 juin 2018.

[2] MESTRE, Charlotte. « Diversités NC alerte sur les violences homophobes et transphobes sur le territoire », *Nouvelle-Calédonie la 1ère*. 15 juin 2020 . ; LASSAUCE-COGNARD, Natacha et Gaël DETCHEVERRY. « "J'ai ouvert une porte et j'en suis fière" : deux jeunes femmes transgenres racontent leur difficile parcours », *Nouvelle-Calédonie la 1ère*. 18 mai 2021.

[3] BEAUBATIE, Emmanuel. « L'espace social du genre. Diversité des registres d'action et d'identification dans la population trans'' en France », *Sociologie*. 17 décembre 2019, Vol. 10 No. 4. p. 395-414.

[4] CORNU, Gérard. *Vocabulaire juridique*. *Op. cit.* p. 1665

[5] COURDURIES, Jérôme. « Les juges et les trans'. Vers une approche relationnelle du genre dans les tribunaux français » *État civil et transidentité. Anatomie d'une relation singulière*. Aix-Marseille Université : Presses universitaires de Provence, 2021, p. 131-132.

[6] MOULINIE, Véronique. « Des papiers sur soi, des papiers pour soi. L'identité portable » *États civils en question. Papiers, identités, sentiment de soi*. Éditions du CTHS : Éditions du CTHS, 2008, p. 293-330.

autrefois à la volonté individuelle des personnes, notamment par le principe d'indisponibilité[1], et servait même d'instrument de contrôle de la population par l'État[2]. Aujourd'hui la fonction de « définition de soi » a fait l'objet de revendications politiques et de la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme, qui a rattaché un certain nombre d'attributs de l'état civil à la notion de vie privée (article 8)[3]. Elle tend désormais à désigner une réalité choisie par celui-ci en fonction de ses objectifs personnels[4].

> « Or le droit au respect de la vie privée, entendu comme droit de déterminer librement l'image que l'on souhaite donner à autrui, entre nécessairement en conflit avec le principe d'"indisponibilité de l'état" des personnes. Ce qui est vrai pour le nom et le prénom, l'est aussi pour le sexe, à l'heure où le droit reconnaît le phénomène de la transsexualité. Le sacro-saint principe de l'immutabilité de l'état civil semble remis en question par de nouveaux principes juridiques, lesquels rendent compte d'une transformation des rapports entre l'individu et la société, (…). Cette évolution n'est pas propre à la France ; elle semble peu ou prou être celle de la plupart des pays occidentaux. »[5]

Ce nouvel éclairage de la fonction de l'état civil, régi par un droit à l'autodétermination[6], fait surgir une tension avec la manière habituelle de régir l'état civil coutumier - qui se repose sur le constat de l'accord d'une autorité extérieure au tribunal – et l'articulation avec des droits fondamentaux.

Cette articulation n'est pas clairement encadrée comme je l'ai exposé au chapitre III et se définit de manière prétorienne, au cas par cas. Les changements de statut en sont un bon

---

[1] EGEA, Pierre. « L'indisponibilité de la personne ». *Op. cit.*

[2] NOIRIEL, Gérard. « L'identification des citoyens. Naissance de l'état civil républicain », *Genèses. Sciences sociales et histoire*. 1993, vol.13 No. 1. p. 3-28.

[3] HERAULT, Laurence, Jérôme COURDURIES, Christine DOURLENS, et al. *État civil de demain et transidentité. Rapport final. Op. cit.*

[4] GUTMANN, Daniel. *Le sentiment d'identité. Étude de droit des personnes et de la famille*. Paris : LGDJ, 2000.

[5] FINE, Agnès. *Etats civils en question. Op. cit.* p. 7-8

[6] « Le droit à l'autodétermination de la personne humaine porte bien son nom : il confère le pouvoir de se donner à soi-même sa propre détermination, c'est-à-dire le pouvoir de choisir, entre plusieurs options, celle qui correspond à ses aspirations personnelles. (…) À travers la reconnaissance du droit à l'autodétermination, la volonté individuelle se trouve placée au cœur de la question de la détermination des pouvoirs de la personne sur son corps. Les termes du débat sont dès lors posés différemment : le corps n'apparaît plus comme l'élément central, il n'est que l'objet sur lequel un choix est à même de se concrétiser. Désormais le corps humain est appréhendé par le biais de la volonté individuelle. » FERRIE, Scarlett-May. *Le droit à l'autodétermination de la personne humaine - Librairie Eyrolles*. Paris : IRJS, 2018.

exemple comme nous l'avons vu dans le chapitre précédent[1]. La jurisprudence de la Cour de cassation mobilise ses propres décisions concernant des demandes de changement de sexe[2], pour faire droit à une demande de changement de statut[3], dans le but de confirmer l'arrêt *Saïto* rendu par la Cour d'appel de Nouméa[4].

En somme, qu'il s'agisse de changements de statuts ou de changements de la mention du sexe à l'état civil coutumier, il faut arbitrer entre le principe d'immutabilité de l'état civil, nécessaire pour les besoins de certitude et de permanence de l'administration – et le respect de l'identité de la personne, garanti par le respect de la vie privée. Dans les deux cas, les principes d'indisponibilité et d'immutabilité sont mis à mal, au nom de la possession d'état qui relève de plus en plus du respect de la vie privée des personnes – et de leur droit à l'autodétermination.

Dans le cadre de la possession d'état, la question de l'appartenance au clan est primordiale, puisqu'elle détermine théoriquement le respect des règles à suivre[5]. La Cour de cassation a même indiqué de manière très explicite que la possession d'état se déduit uniquement de l'appartenance au clan, ce qu'elle explique de la manière suivante lorsqu'elle fait droit à une requête d'accession au statut coutumier :

> « [L] a preuve d'une possession d'état non équivoque (*nomen*, *fama* et *tractatus*) se déduit d'un seul fait majeur, qui en réalité les englobe et les résume tous : l'appartenance à un clan, qui induit une ascendance, et surtout un état reflétant une vérité sociale » [6]

---

[1] Voir les cas K4, N13, et N14, à partir de la p. 233.

[2] Cour de cassation, Assemblée plénière, 11 décembre 1992, N° 91-11900 et N°91-12-373, *Op. cit.* Voir également FERRIE, Scarlett-May. « Quel fondement pour le changement de sexe à l'état civil ? », *Actualité juridique. Famille*. 2016 No. 12. p. 587.

[3] Cour de Cassation, 1re chambre civile, 26 juin 2013, n° 12-30.154, *Op. cit.*

[4] Cour d'appel de Nouméa 29 septembre 2011, RG 2011/46, *Op. cit*. Dans le même sens : Cour d'appel de Nouméa, 19 avril 2012, RG 2011-383 et RG 2011-384. Il résulte de ces trois arrêts qu'au sens de l'article 15 de la loi organique du 19 mars 1999 toute personne a le droit d'agir pour renoncer au statut civil coutumier, et que, conformément au principe du droit au respect de la vie privée (article 8 de la CEDH), cette action en revendication de statut n'est conditionnée que par la preuve d'une possession d'état non équivoque, durable et continue, correspondant au statut civil revendiqué. Voir LAFARGUE, Régis. « L'histoire kanak et la Nouvelle-Calédonie : le droit comme enjeu de civilisation », *Les Cahiers de la Justice*. 2013, vol.2 No. 2. p. 119-139.

[5] Chaque aire coutumière, et par extension chaque clan, a des coutumes propres dont il faudrait tenir compte. Voir DALMAZIR, Pauline et Pascale DEUMIER. « Le contentieux préalable du changement de statut ». *Op. cit.*

[6] Voir entre autres : Cour d'appel de Nouméa, 19 avril 2012, RG 11/384 et 11/383 ; 23 avril 2013, RG 12/82 ; 11 mars 2013, RG 12/213, 12/211, 12/212 ; 15 janvier 2013, RG 12/00136 ; 24 avril 2013, RG 12/80, 12/81. Cité dans *Ibid.* p. 34

La Cour de cassation met un point d'honneur à souligner que

> « du point de vue de la coutume, l'appartenance clanique, fait entrer l'individu dans une lignée d'ancêtres […] et lui impose le respect des mêmes interdits (tabous et appartenance totémique) »[1].

Ceci explique l'importance que les juridictions coutumières accordent aux faits marquants en lien avec le clan comme on a pu le voir dans le chapitre précédent (via le préalable coutumier).

Si l'appareil institutionnel coutumier met le clan au centre d'un certain nombre de démarches, la Cour d'appel dans la décision précédemment citée, avance des éléments — le *nomen*, le *fama* et le *tractatus* — qui sont exactement les mêmes que ceux avancés pour les questions de filiations en droit civil. Ces éléments sont supposés n'être pas seulement une « inspiration acculturée »[2] du droit civil, mais sont censés être appréciés en fonction des principes coutumiers pertinents. À cela, les juridictions coutumières ajoutent un autre élément pour l'accession au statut civil coutumier : le respect de la vie privée, comme dans le cas d'étude. En un mot, il s'agit pour la Cour d'appel de prêter attention au comportement social du requérant, en tant que membre du clan. L'idée de la Cour d'appel est que le principe du respect de la vie privée limite le principe d'immutabilité de l'état civil afin d'offrir la possibilité de conformer l'état civil (qu'il soit coutumier ou non) à des « réalités sociales observables ». Dans le cas d'une demande de changement de statut, il s'agit donc d'observer une intégration coutumière au sein du clan du demandeur. Si l'on rapproche cela du cas que l'on étudie, il s'agit d'observer un comportement social correspondant aux critères supposément coutumiers, d'une femme, par la requérante.

Dans les deux cas il importe de pouvoir attester de comportements sociaux observables au risque de réifier certaines postures — qu'elles soient coutumières, genrées, ou les deux. La différence principale réside dans la place que le clan prend dans les deux décisions. Si pour l'accession au statut coutumier il a été placé au centre de la démarche, en vertu de l'application de l'article 8 de la CEDH ; il a été écarté de la demande de changement de sexe à l'état civil coutumier, en vertu du caractère « intime » de la démarche. Si la requérante est protégée d'une intrusion de son chef de clan dans son intimité, celle-ci est tout de même soumise à une

---

[1] Cité dans DALMAZIR, Pauline et Pascale DEUMIER. « Le contentieux préalable du changement de statut ». *Op. cit.*

[2] CORNUT, Étienne. « L'accession au statut civil coutumier kanak par voie de possession d'état coutumier », *La Semaine Juridique*. 2013 No. 39. p. 1735-1737.

extériorisation de son « intimité » par l'expertise médicale et l'attestation de l'adéquation de son comportement avec son entourage proche, aux normes du genre demandé.

B - L'opération de validation : la quête d'autorités externes

Nous avons vu dans la section précédente comment le Magistrat M3 s'est emparé de l'affaire de 2017 avec l'idée qu'il fallait accorder la demande. Cette première impression s'est élaborée notamment autour de la perception d'un problème et a orienté la direction vers laquelle le magistrat a conduit le dossier. L'un des ressorts pour contourner le problème perçu – à savoir le risque que la demande ne soit pas accordée soit en vertu d'institutions coutumières extérieures, comme les aires coutumières, soit en vertu d'une application mécanique de la jurisprudence, qui ouvrirait la voie à un refus du chef de clan d'accorder la demande – est de s'en remettre à des autorités extérieures. Il s'agit alors d'une opération de validation. En d'autres termes, pour pouvoir se saisir de l'affaire, le magistrat se dote de prises externes au tribunal, notamment l'expertise médicale (1), mais aussi de celle de l'entourage social des justiciables (2).

1) La voix des experts : la médicalisation de la procédure

Le sujet incontournable pour tous les professionnels du droit avec qui j'ai pu m'entretenir du cas de demande de changement de sexe est l'opération de changement de sexe effectuée par la justiciable. Le récit de cette opération est ce qui a retenu l'attention des assesseurs coutumiers notamment.

> « Quand l'affaire était venue ici, on croyait que c'était la première affaire. Mais Monsieur le Juge qui était là nous dit que c'était la deuxième et qu'il y avait un précédent à Koné. Donc c'était la seconde affaire. Alors qu'est-ce qu'on a décidé ? […] La personne est venue et dans son dossier elle a versé l'acte médical qu'elle a subi avec le détail des cinq heures d'opération. L'enlèvement de la… [il point la zone de son pénis] Enfin on a eu la totale. En fait ce qu'on a décidé, c'est sur le constat de l'opération, on a été pris sur le fait quoi. Qu'elle est devenue… de genre féminin, et il fallait l'acter, et le changement de nom. Et puis c'est tout. » [1]

Ce qui apparaît clairement dans cet extrait d'entretien est l'importance des organes sexuels. Le fait de rendre compte de l'importance de l'opération, tend à évacuer toute interrogation d'ordre juridique ou coutumier, puisque le droit ne ferait que mettre en concordance une réalité physique avec le registre d'état civil (« elle est devenue de genre féminin, et il fallait l'acter »).

[1] Entretien avec AC 11, assesseur coutumier des îles Loyauté, 12 avril 2019

Les juridictions coutumières prennent à leur compte en faisant cela, le régime de véridiction médical[1]. Si aucun expert n'a été formellement sollicité dans le cadre des jugements de 2015 et 2017, leur présence est fondamentale à travers les certificats médicaux que les justiciables ont versé à leurs dossiers. Il se trouve que, dans notre cas d'étude, l'expertise médicale évacue la question « culturelle »[2]. Zara Saeidzadeh fait le même constat dans la manière dont le droit iranien appréhende la question trans'. Un courant doctrinal relativement récent, la jurisprudence médicale (*fiqh pizishkī*), appréhende les nouvelles questions soulevées par les avancées médicales dans la Shari'a. La jurisprudence islamique iranienne ne reconnaît le changement de sexe et sa validité aux yeux de la Shari'a qu'à travers l'expertise médicale. L'auteure soutient que cette approche crée un paradoxe puisque les juristes iraniens reconnaissent la chirurgie de changement de sexe, sans aller jusqu'à reconnaître un statut juridique à part entière aux personnes trans'. L'auteure soutient que

> « [l]a compréhension par la jurisprudence islamique des trans' en Iran étant réduite à la transition chirurgicale, la conceptualisation médicale des questions trans' repose uniquement sur une chirurgie de changement de sexe sans s'intéresser aux personnes trans' en tant qu'instigatrices de nouvelles catégories transcendant le genre et la binarité sexuelle. »[3]

Pourtant l'article mentionne des fatwās de l'ayatollah Khomeini[4] qui admettent le changement de sexe juridique y compris pour les personnes qui n'auraient pas subi d'opération

---

[1] DUPRET, Baudouin. *Droit et expertise dans une perspective praxéologique*. Éditions juridiques associées. Paris : LGDJ, 2005. Voir plus précisément la contribution de ce même auteur sur la question de l'expertise médicale en contexte judiciaire. DUPRET, Baudouin. « Le corps mis au langage du droit : comment conférer à la nature une pertinence juridique », *Droit et société*. 2005, vol. 3 No. 61. p. 627-653.

[2] SIMON, Caroline et Barbara TRUFFIN. « La diversité culturelle en procès : l'expérience de la justice belge par les familles à composante migratoire, quels enjeux pour le pluralisme juridique ? », *Anthropologie et sociétés*. 2016, 40 (2). p. 113-129. ; SIMON, Caroline, Barbara TRUFFIN, et Anne WYVEKENS. « Between Norms, Facts, and Stereotypes: The Place of Culture and Ethnicity in Belgian and French Family Justice » in Austin SARAT (ed.). *Studies in Law, Politics and Society*. Bingley: Emerald Publishing Limited, 2019, vol. 78, p. 113-129.

[3] SAEIDZADEH, Zara. « Trans'* en Iran : jurisprudence médicale et pratiques sociales en matière de changement de sexe », *Droit et cultures. Revue internationale interdisciplinaire*. 26 janvier 2021, vol. 2 No. 80.

[4] « L'ayatollah Khomeini est le premier érudit shi'ite à avoir exprimé son opinion sur la possibilité d'autoriser le changement de sexe dans le volume deux de son ouvrage *Tahrir al-Wasīla* [publié en 1967 en Irak, puis et ensuite au Liban, puis plus tard traduit en persan] dans la catégorie des cas nouveaux (…). L'ayatollah Khomeini fondait son opinion sur celle des médecins, sachant que le système médical iranien avait auparavant (depuis les années 1930) une grande expertise en matière d'opérations de changement de sexe pour les personnes intersexuées et les personnes trans'. Il accordait en conséquence

de réassignation sexuelle, dès les années 1960[1]. La reconnaissance par le droit iranien des chirurgies de réassignation sexuelle n'est donc pas pour Z. Saeidzadeh la garantie d'une reconnaissance appropriée pour les personnes trans'. Cette dernière est à la limite plutôt parcellaire et essentialisante.

Le fait que l'opération de réassignation sexuelles, dont un expert médical se fait le garant, soit l'argument principal sur lequel reposent les deux jugements des juridictions coutumières, celui de 2015 et celui de 2017, indique que les mécanismes à l'œuvre sont les mêmes que ceux exposés dans le cas de la jurisprudence médicale iranienne.

Le jugement de 2015 expose ceci :

> « Il verse un certificat médical en date du 21 octobre 2014 qui indique que [prénom masculin] a effectivement suivi les soins médicaux associés au traitement de la dysphorie de genre et, sur recommandation, a subi un changement chirurgical de sexe total (avec mention que les organes génitaux externes ont irrévocablement été transformés de masculin à féminin) comme admis par les autorités médicales en Thaïlande ;
> Le docteur X. a effectué cet acte chirurgical le 29 septembre 2014 [l'hôpital X] de Bangkok, Thaïlande ;
> Suite à cette intervention chirurgicale [prénom masculin] est irrévocablement devenu de sexe féminin par changement chirurgical de sexe et est maintenant reconnu comme femme par la profession médicale. »

Le jugement de 2017 est relativement plus bref, mais accorde néanmoins une importance cruciale à l'élément médical :

> « Que celui-ci explique qu'il a subi une opération chirurgicale de changement de sexe, réassignation sexuelle homme / femme le 27 janvier 2017, selon compte-rendu opératoire dressé par le Docteur X., chirurgien urologue; (…) Attendu que constatant le changement de sexe médicalement définitif (…).

Ce qui intéresse les deux juridictions coutumières est le constat fait par les experts médicaux, et le fait que le changement soit irréversible (« irrévocablement » en 2015 et « médicalement définitif » en 2017). En cela la juridiction coutumière est tributaire de l'appréhension juridique

---

au système médical le pouvoir de décider qui pouvait ou non changer de sexe par une opération chirurgicale. » *Ibid.*

[1] « Le changement de sexe d'un homme en femme et d'une femme en homme par le biais de la chirurgie n'est pas empêché dans l'islam. Et si une femme se sent masculine ou si une personne ressent des désirs pour le sexe opposé, ils peuvent changer de sexe mais sont biologiquement un homme ou une femme, et il n'est pas obligatoire pour eux de subir une opération chirurgicale pour devenir du sexe opposé ». Mohammad Mehdi Kariminia, *Taghiri jinsīyatba ta'kid bar didgahi Imam Khomeini* (Le changement de sexe selon l'Imam Khomeini), Iran, Qom, Orūjī, 2012. Cité dans *Ibid.*

classique de la question trans', qui a été largement façonnée par la médicalisation de leur condition, voire par leur pathologisation[1].

Les justiciables trans' avec qui j'ai pu m'entretenir ne sont absolument pas dans une contestation de la binarité des sexes. Elles insistent au contraire sur l'opération médicale qu'elles ont, ou qu'elles vont effectuer. L'irréversibilité de l'opération permet aux justiciables trans' elles-mêmes de revendiquer la mise en adéquation des catégories habituelles de genre et de sexe ; et permet donc de désamorcer toute emprise ou contestation d'ordre coutumier. Les deux jugements le mentionnent :

> « [Prénom masculin] expose que son statut coutumier ne fait pas obstacle à la modification de genre intervenue; qu'au sein de sa famille et du clan il est parfaitement accepté en tant que femme. » (2015)

> « À l'audience des 8 août 2017 et 14 novembre 2017, [prénom masculin] a maintenu sa demande, expliquant qu'il vit sa féminité depuis son enfance, utilisant son prénom féminin (…) et qu'il ne souhaite pas changer de statut. » (2017)

D'ailleurs les personnes trans' que j'ai rencontrées et qui n'ont pas encore passé le cap de l'opération considèrent la demande de changement de sexe à l'état civil comme l'étape finale, venant valider l'opération médicale d'harmonisation de leur sexe avec leur comportement social. Aucune d'elles[2] n'envisagerait de faire une demande devant le tribunal sans s'être au préalable soumise à cette opération irréversible. En cela, elles ne remettent pas en cause les catégories de genre. Les demandes de changements de sexe à l'état civil sont donc traitées comme la correction d'une erreur originale, où les médecins servent d'agent de la nature pour restaurer ce qui aurait dû être, depuis le début[3]. L'argument médical seconde les justiciables trans' dans leurs revendications d'une féminité naturelle ; argument qui sert au tribunal à se retirer d'un quelconque processus d'intervention et/ou de prise de décision, et à se présenter comme une instance de reconnaissance d'un fait établi par un expert médical[4]. De ce point de vue, les justiciables contribuent tout autant à construire, renouveler et renforcer des catégories

[1] MACE, Éric. « Ce que les normes de genre font aux corps / Ce que les corps trans' font aux normes de genre », *Sociologie*. 2010, Vol. 1 No. 4. p. 497-515.

[2] Toutes les personnes rencontrées lors de notre enquête sont des *Mtf* (*Male to Female*).

[3] GIAMI, Alain et Emmanuelle BEAUBATIE. « Gender Identification and Sex Reassignment Surgery in the Trans' Population: A Survey Study in France », *Archives of Sexual Behavior*. 1 novembre 2014, vol.43 No. 8. p. 1491-1501.

[4] BEAUBATIE, Emmanuel. *Transfuges de sexe*. *Op. cit.*

sexe/genre — soumises à des approches plus critiques ailleurs[1] — intelligibles dans un tribunal, que celui-ci se contente de reproduire et de renforcer[2].

Les juridictions coutumières sont de ce fait tributaires de l'importance de la médecine dans l'émergence des identités trans' et dans la définition de leur statut juridique, et également de la manière dont les justiciables vont elles-mêmes présenter leurs demandes. Ces dernières avaient initialement présenté leur dossier selon la procédure en vigueur en droit civil - c'est à dire sans verser d'acte coutumier – ce qui avait orienté en conséquence le raisonnement juridique des professionnels du droit dans une certaine direction. Si les justiciables ne s'étaient pas conformées aux injonctions classiques de la juridiction coutumière, il est envisageable de se dire que l'acte coutumier aurait pu avoir un rôle tout à fait différent. En d'autres termes, si les justiciables avaient spontanément versé un acte coutumier à leur dossier, la tension entre droits fondamentaux et droit coutumier n'aurait pas été mise au jour, et les juridictions coutumières n'auraient fait que reproduire la règle habituelle concernant les changements affectant l'état civil coutumier.

Dans son commentaire de la décision de 2015, C. Bidaud-Garon en fait une étude à l'aune de conditions en vigueur dans le droit civil en 2016, avant que la démédicalisation de la procédure ne soit retenue. C. Bidaud-Garon s'appuie longuement sur la Charte du Peuple kanak pour expliquer que « l'individu ne puisse obtenir ce changement de sexe sans l'accord des autres membres du groupe »[3]. Néanmoins elle constate que l'assesseur coutumier fait une distinction entre la famille, dont l'accord est indispensable pour obtenir le changement de sexe demandé au tribunal, et le clan, qui n'a pas à être sollicité « alors que la transformation est réalisée » (2015).

---

[1] BUTLER, Judith P. *Défaire le genre*. traduit par Maxime CERVULLE. Paris : Editions Amsterdam, 2006. ; COBURN, Elaine. « Défaire et refaire le sexe, le genre, la sexualité. Le sujet intersexe, trans' et queer ». *Op. cit.* ; RENNES, Juliette (éd.). *Encyclopédie critique du genre. Corps, sexualité, rapports sociaux*. Paris : La Découverte, 2016. ; ALESSANDRIN, Arnaud. « L'expérience du genre : ce que nous apprennent les transidentités » *Sexe et Genre : de la biologie à la sociologie*. Paris : Éditions Matériologiques, 2019, p. 149-157. ; BEAUBATIE, Emmanuel. « La multiplicité du genre », *La Vie des idées*. 6 mars 2020 .

[2] CARDI, Coline et Anne-Marie DEVREUX. « Le genre et le droit : une coproduction », *Cahiers du Genre*. 2014, vol. 2 No. 57. p. 5-18. ; SPADE, Dean. *Normal Life: Administrative Violence, Critical Trans Politics, and the Limits of Law*. Durham ; London : Duke University Press, 2015.

[3] BIDAUD-GARON, Christine. « Éclairage jurisprudentiel - Commentaire de décision, Tribunal de première instance de Nouméa, section détachée de Koné, 12 Juin 2015, n° 15/00050 - Changement de sexe et de prénoms d'une personne de statut civil coutumier », *Veille et Eclairage Juridique*. 2016. p. 9-13.

> « *A contrario*, cela semble signifier qu'une consultation du clan et l'établissement d'un acte coutumier auraient été nécessaires si l'opération de réassignation sexuelle n'avait pas encore eu lieu. Or, cela ne sous-entend-il pas qu'il n'est point besoin d'une transformation irréversible pour être considéré comme appartenant à l'autre sexe selon le droit coutumier ? Ne peut-on en déduire qu'en l'absence de transformation irréversible, le changement de sexe peut être effectué si le clan donne son accord et que cet accord est inscrit dans un acte coutumier ? »[1]

Il se trouve que jusqu'à présent les décisions des tribunaux coutumiers ont fait tout de même application du critère médical pour accorder les demandes. Il est intéressant de souligner que pour les modifications d'un élément de l'état de la personne, les juridictions ne sont tenues que par l'article 7 de la loi organique de 1999[2], ce dont C. Bidaud-Garon déduit

> « qu'il n'est pas permis d'exiger l'irréversibilité du changement de sexe avant toute modification de l'état civil d'une personne de statut civil coutumier si le droit coutumier kanak n'impose pas une telle condition »[3].

Enfin, l'ancienneté du texte régissant l'état civil coutumier (1967) a pour résultat que le changement de sexe n'y est pas abordé. Ceci amène C. Bidaud-Garon à la conclusion « qu'il ne peut être soutenu que l'exigence d'irréversibilité de la transformation est imposée par un texte régissant l'état civil coutumier »[4]. La manière dont les juridictions ont articulé leur raisonnement dans les deux jugements n'a donc rien d'évident, et aurait pu être bien différent, en fonction du positionnement des professionnels du droit par rapport à l'idée d'une pyramide des normes et de la place qu'y occuperaient les juridictions.

Toujours est-il qu'à l'argument médical s'ajoute l'importance de la reconnaissance sociale de la « nouvelle » identité, pour ne pas procéder « dans le dos des coutumiers » selon l'expression du Magistrat M3, ayant rédigé la décision de 2017. L'intérêt de cette démarche — par ailleurs très classique comme nous avons pu le voir — réside dans ce que le tribunal définit comme entourage légitime ; à savoir « la famille », plutôt que le clan.

---

[1] *Ibid.*

[2] « Les personnes dont le statut personnel, au sens de l'article 75 de la Constitution, est le statut civil coutumier kanak décrit par la présente loi sont régies en matière de droit civil par leurs coutumes ». Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie. Cité dans *Ibid.*

[3] *Ibid.*

[4] *Ibid.*

2) La voix des proches : la conformité aux attentes familiales et sociales

Le chapitre IV a montré qu'un acte coutumier était nécessaire pour une grande partie des changements à l'état civil, ce qui contribue à renforcer le principe d'indisponibilité de la personne, et de l'immutabilité des éléments figurant dans l'état civil coutumier. Ces principes connaissent en pratique une érosion importante, jusque dans la législation, à l'image de la loi de 2016, qui démédicalise la procédure de demande de changement de sexe dans le droit civil[1]. Pour ce qui est du droit coutumier, nous avons vu que celui-ci implique le passage par différents types « d'épreuves coutumières ». Dans le cadre des demandes de changement de sexe présentées aux juridictions coutumières, le raisonnement juridique des professionnels du droit doit être éprouvé coutumièrement, puisque les justiciables présentent un dossier non conforme à la règle coutumière habituelle (approbation formelle par une autorité coutumière externe au tribunal), et qu'en plus l'application de la règle coutumière habituelle (l'exigence d'un acte coutumier établi formellement) pourrait aboutir à une décision non souhaitée par les juridictions coutumières. Pour accorder la demande, le moyen fondamental qui permet une articulation entre droits fondamentaux et droit coutumier acceptable, est une mobilisation particulière de l'article 8 de la CEDH. Le deuxième moyen est une opération de délégation, qui consiste à s'appuyer sur la validation d'autorités externes au tribunal. L'opération de délégation primordiale est comme nous venons de le voir, l'expertise médicale, qui permet de s'en remettre à une autorité extérieure, de constater un fait « irréversible » et « indiscutable » (l'opération de changement de sexe). La deuxième opération de « délégation » est de s'en remettre à l'entourage des justiciables.

Dans la décision de 2015, l'assesseur coutumier présent « confirme que cette question relève de la décision de la famille, cellule du clan » et que de surcroit, « s'agissant d'une question intime il n'est pas nécessaire d'interroger le clan concerné, nécessairement averti ». La décision de 2017 souligne que « le comportement et l'identité sexuelle du requérant, connus de la cellule familiale, est conforme à son comportement social ». Le fil conducteur ici est donc le caractère public de « l'intimité » des justiciables. Voici comment le Magistrat M3 expliquait l'emploi de ce moyen, vis-à-vis du cas de 2017 :

> « Après ce que le tribunal veille à faire, enfin ce que *je* veille à faire, c'est qu'il y ait une connaissance du comportement du sexe opposé par rapport au minimum de l'entourage familial, voire de la tribu. Généralement, ce que je veux dire c'est que c'est su, enfin

[1] Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle (J21).*Op. cit.*

> forcément, **dans le monde mélanésien tout se sait** (…) Comme le comportement de la personne est conforme à son comportement social à la tribu, en gros on met l'état civil coutumier en adéquation avec le comportement social de la personne à la tribu. Personne n'est pris en porte à faux. »[1]

On peut comprendre dans cet extrait d'entretien que le Magistrat M3 substitue en quelque sorte à une demande d'acte coutumier par l'idée que « dans le monde mélanésien tout se sait ». Cette affirmation devient un moyen sur lequel le magistrat peut s'appuyer pour acquérir la conviction que l'accord formel du chef de clan n'est pas nécessaire. Au fond, le magistrat s'appuie sur une vision de ce que l'on pourrait apparenter à un fait social[2]. Il s'agit d'une conscience collective juridicisée, une cosmologie des acteurs supposée, généralisée à partir de l'expérience personnelle du magistrat.

Lors d'une affaire traitée en 2018, à laquelle je n'ai pas assisté et dont je n'ai pas lu le jugement, le Magistrat M3 revient sur la composante de « reconnaissance sociale » du comportement de la justiciable dans le sexe demandé, et son articulation au raisonnement juridique :

> « Après à Lifou « il n'y a pas de problème », le dossier de la personne qu'on a évoqué aujourd'hui était « connu » des assesseurs coutumiers. Donc tous les gens savaient de quelle personne il s'agissait et comment elle se comportait à la tribu. C'est une personne qui poursuit des études supérieures mais qui vit [aux Îles Loyauté]. Tous les assesseurs étant [des Îles Loyauté], il n'y a pas de difficulté, ils connaissaient très bien la personne. Donc c'est pour ça que **tout le monde était au courant** que cette personne se comportait comme une femme, et qu'elle avait fait son opération. Donc ce que je veux dire c'est qu'il n'y avait plus grand chose qui la rattachait dans ce sens-là au sexe masculin. Elle n'avait plus le sexe et se comportait comme une femme et c'était su de toute la tribu. Voilà, c'est une prise d'acte. Ce n'est même pas un jugement de valeur sur le changement de sexe. C'est ça qu'il faut comprendre. C'est un constat. Cette personne a changé de sexe et elle se comporte comme ce nouveau sexe pour lequel elle a choisi de faire une opération. »[3]

Dans ce cas de figure, il semblerait que les assesseurs coutumiers aient donné corps à cette idée selon laquelle « tout le monde sait », dans le cas spécifique des Îles Loyauté. Ils « collectivisent » ou « socialisent » ainsi cette idée. Les assesseurs coutumiers sont en quelque

---

[1] Entretien avec le Magistrat M3, 29 août 2018

[2] « Est fait social toute manière de faire, fixée ou non, susceptible d'exercer sur l'individu une contrainte extérieure ; ou bien encore, qui est générale dans l'étendue d'une société donnée tout en ayant une existence propre, indépendante de ses manifestations individuelles. » DURKHEIM, Emile. *Les règles de la méthode sociologique*. 16e édition. Paris : Les Presses universitaires de France, 1967. p. 44-45.

[3] Entretien avec le Magistrat M3, 29 août 2018

sorte les garants de l’épreuve coutumière qui permet d’affirmer au Magistrat M3 que « dans le monde mélanésien, tout se sait ».

Enfin, pour une affaire traitée en 2019, le Magistrat M3 part du même principe, qui acquiert dans les jugements concernant les demandes de changement de sexe, une valeur argumentative dans le raisonnement juridique.

> « Normalement il y a une logique, c'est que le comportement sexué de la personne qui change de sexe est cohérent avec son changement de sexe, et donc normalement à la tribu, si elle vivait à la tribu, **tout le monde le sait**. »[1]

Dans les deux décisions à l’étude (2015 et 2017), plutôt que de demander un acte coutumier formel qui attesterait d’une (re)connaissance par une autorité coutumière extérieure au tribunal, de l’identité genrée demandée par les requérantes, le Magistrat M3 s’appuie sur l’idée que « tout le monde le sait ». Sans rendre compte d’une potentielle généalogie de ce présupposé selon lequel un fait ne peut exister sans qu’il soit connu de tous, je remarque que cette idée est un « moyen », sur lequel s’appuie le Magistrat M3 pour élaborer son raisonnement juridique. Qu’il soit effectivement question de composantes, d’inventions ou d’interprétations hyperboliques d’aspects de la réalité sociale, il s’agit en tout cas de la réification de ces aspects, réels ou supposés, de manière à y ancrer le raisonnement juridique. On peut apparenter cet argument à un moyen de traduction juridique des faits. Marie-Angèle Hermitte explique à ce propos que

> « Cette mise à distance tient à la nécessité de réélaborer l’objet en l’intégrant dans le réseau de concepts juridiques et de règles qui préexistent et n’ont pas été faits pour lui mais pour convenir à un ensemble d’objets disparates, auquel le droit découvre des traits communs. Il y aura certes une prise en compte des nécessités liées à la nature de l’objet telle qu’elle est révélée par le sens commun, la biologie, la philosophie ou l’économie, mais ces données extérieures doivent êtres articulées à la logique de l’institution juridique dans laquelle elles sont insérées. »[2]

Toujours est-il que les jugements de la juridiction coutumière s’assurent à l’aide de cette idée, que « l’auto-identification » est adoubée par « l’identification par autrui »[3]. David Michels a par exemple analysé la manière dont le changement d’identité sexuée est en partie conditionné par le travail des avocats dans les dossiers de demande de changements de sexe à l’état civil, qui font preuve d’efforts de « présentation, d’organisation et de recomposition » d’actes écrits

[1] Entretien avec le Magistrat M3, 12 avril 2019

[2] HERMITTE, Marie-Angèle. « Le droit est un autre monde ». *Op. cit.* p. 19

[3] FINE, Agnès. *Etats civils en question*. *Op. cit.* p. 42

de tous bords (ceux du justiciable, mais aussi des attestations de toutes sortes émanant des différents cercles familiaux, professionnels, des certificats d'experts médicaux, de psychologues, etc.)[1]. C'est le montage, ou l'assemblage de ces pièces écrites, provenant de l'entourage des justiciables, qui produit une efficacité qui doit convaincre le magistrat. Elles donnent un caractère performatif aux actes juridiques et établissent l'évidence de la continuité d'une identité sexuée dans le temps, en faisant émerger des critères d'appartenances objectifs à la catégorie du sexe demandée par le ou la justiciable[2]. « L'auto-identification » des justiciables doit être supportée par « l'identification par autrui », autrement dit, l'auto-identification ne suffit pas[3]. D. Michels insiste sur le fait que la procédure a davantage pour objet de catégoriser le, ou la justiciable dans son nouveau sexe, que de le, ou la singulariser comme individu ou comme personne[4]. Au fond, la démarche du Magistrat M3 est un peu similaire. La continuité de l'identité sexuée des justiciables, et de leur acceptation ou acceptabilité coutumière prend corps par la promotion de l'idée selon laquelle « tout le monde sait ». « L'identification par autrui » est alors automatiquement présumée en vertu d'un mécanisme juridique de traduction des faits, ou bien la présomption d'un fait social total. Ce « fait social » est utilisé par les magistrats pour contourner la nécessité de demander l'accord formel du chef de clan. Il s'agit d'un mécanisme juridique pour stabiliser les faits et déterminer la règle à suivre, ou à ne pas suivre.

L'acte de demander l'autorisation du chef de clan n'est donc pas nécessaire non seulement parce « tout le monde le sait », que le changement de sexe est « médicalement constaté et définitif », mais aussi parce que l'opération a « déjà été effectuée ». Nous allons en effet voir maintenant comment la juridiction coutumière s'appuie sur des jeux de temporalité et d'opérations de présomptions, toujours pour justifier de ne pas éprouver coutumièrement le cas de la même manière que d'habitude.

[1] MICHELS, David. « Les procédures de changements de la mention de sexe à l'état civil » *Etats civils en question. Papiers, identités, sentiment de soi*. Paris : Editions du CTHS, 2008, p. 93-109.

[2] COURDURIES, Jérôme. « Re-naître à l'autre sexe. Changement de prénom et de sexe à l'état civil ». *Op. cit.*

[3] BOUDJELTI, Taklith. « Le soi et le droit: Du changement d'état civil à la renaissance légale », *Terrain*. 18 octobre 2016 No. 66. p. 126-141.

[4] MICHELS, David. « Etats civils en question ». *Op. cit.*

C - L'opération de mise en narration : la conviction avant la certitude »

« Oui, en fait, rien n'est impossible [dans la coutume] ! »[1]

Il est des opérations propres au droit, les opérations juridiques, qui relèvent de logiques d'argumentaires relevant « d'un autre monde », l'autre monde du droit qu'évoque Marie-Angèle Hermitte. Elles constituent « les techniques par lesquelles le droit ne cesse de construire, à l'aide des mêmes catégories, de nouveaux objets »[2]. Ce sont des procédés faisant partie de ce que Chaïm Perelman appelle la logique juridique[3], c'est-à-dire l'ensemble des techniques qui permettent de surmonter les difficultés conceptuelles et pratiques, pour éviter des résultats inacceptables, rencontrés par les professionnels du droit[4]. Il s'agit d'opérations de mise en narration, notamment en remettant les faits dans l'ordre, par des jeux de temporalité (1), et de créer des évidences par le moyen de la présomption (2).

1) Réparer le temps[5]

Le Magistrat M3 sait qu'une appréhension mécanique de la demande de changement de sexe, l'aurait probablement amené à exiger un acte coutumier de la part de la justiciable.

> « On pourrait très bien concevoir dans la coutume que pour changer de sexe il faille l'autorisation du chef de clan. Ils pourraient très bien. Le médecin pourrait avoir une action par exemple du clan de cette femme, en responsabilité professionnelle du médecin qui a fait l'opération parce qu'il n'aurait pas demandé l'autorisation du chef de clan. […] ça n'a pas été abordé sous cet angle là puisque vous savez très bien qu'en droit coutumier les sujets ne s'appartiennent pas. Ils ne vont pas entre guillemets — c'est dur à dire hein, mais ils n'ont pas de "liberté". » [6]

Quand je reviens plus précisément sur ce qu'il veut dire, le Magistrat M3 me répète que l'élément crucial dans son raisonnement, est que « l'opération est déjà faite ».

---

[1] Discussion informelle entre deux audiences entre le juge et trois assesseurs coutumiers, TPI de Nouméa, 9 août 2017

[2] HERMITTE, Marie-Angèle et Paolo NAPOLI. « Préface » *Les opérations du droit*. Paris : Seuil / Gallimard, 2011, p. 7-15.

[3] PERELMAN, Chaïm. *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*. Paris : Dalloz, 1976.

[4] GOLTZBERG, Stefan. « De quoi la fiction indique-t-elle l'absence ? » in Anne-Blandine CAIRE (éd.). *Actes de colloque : Les fictions en droit*. Clermont-Ferrand : Centre Michel de l'Hospital, 2015, p. 104.

[5] Expression empruntée à Yan Thomas. Voir THOMAS, Yan. « Réparer le temps en droit (romain et médiéval) » in Marie-Angèle HERMITTE et Paolo NAPOLI (éd.). *Les opérations du droit*. Paris : EHESS, Gallimard, Seuil, 2011, p. 187-206.

[6] Entretien avec le Magistrat M3, 29 août 2018.

> « C'est pour ça que le tribunal peut rendre une décision en termes coutumiers dans ce sens là, parce que c'est un constat. Ça ne veut pas dire que la coutume est d'accord pour le changement de sexe. Vous voyez ce que je veux dire? On n'est pas consultés en nous disant « Est-ce que j'ai le droit de changer de sexe? ». (…) Comme à chaque fois que je leur [aux assesseurs coutumiers] demande ils me disent « Mais ils ont besoin de notre autorisation ou l'opération est déjà faite? ». [rires] La seule question dans le débat est souvent « mais l'opération elle est intervenue ou elle n'est pas intervenue? ». Voilà mais comme on le rappelle, la coutume, enfin le tribunal - coutumier, n'est pas consulté pour faire l'opération de changement de sexe. »[1]

On commence ici à percevoir l'idée selon laquelle « le temps (passé ou à venir) est une pertinence vers laquelle se tournent [l]es gens et non un facteur qui s'impose à leur insu »[2]. Le raisonnement juridique fabrique sa temporalité adéquate. Il remet les faits dans l'ordre. Une fois encore, le temps s'appréhende à l'aune des épreuves coutumières. J'ai pu constater la même logique chez les assesseurs coutumiers avec qui j'ai pu m'entretenir à propos du cas, qui soutenaient également que la demande d'autorisation du chef de clan n'aurait été nécessaire qu'avant l'opération de réassignation sexuelle.

> « Pour nous c'était une nouveauté de voir une personne de droit coutumier venir demander au JAF coutumier ben .... de changer ... ben le fait de changer ... enfin de se prononcer sur son changement de sexe et son changement de nom par la suite. (…) On a commencé à regarder le constat de ... ben de comment ça s'est déroulé les opérations concernant le changement de sexe. Ben 5 heures d'opération ! Ben on a fait que constater. Le changement de sexe a déjà été fait. Il aurait fallu que lui ... la personne vienne ... avec l'avis des clans avant d'aller faire l'opération. »[3]

La décision de 2015 a au fond probablement insufflé la pertinence de cette trame temporelle, concernant la sollicitation de l'acte coutumier quand l'assesseur affirme qu'« il n'est pas nécessaire (…) de renvoyer à un acte coutumier, *alors que la transformation est réalisée*[4] ».

Selon B. Dupret, la dialectique entre le temps et le droit se joue principalement à deux niveaux. D'une part une (re)lecture du passé à l'aune des besoins du présent (« le droit s'attache à fixer le passé de référence, c'est-à-dire la version autorisée de ce qui s'est passé (…) et de la règle applicable »[5]). D'autre part, le droit produit son propre temps et structure une temporalité

---

[1] *Ibid*.

[2] DUPRET, Baudouin. « Le temps du droit. Ethnographie d'un raisonnement objectivant » *Ethnographies du raisonnement juridique*. Paris : LGDJ, 2018, p. 180.

[3] Entretien un assesseur coutumier, 12 avril 2019

[4] Je souligne. TPI de Nouméa, Section détachée de Koné, 12 juin 2015, RG 15/182. *Op. cit.*

[5] DUPRET, Baudouin. « Le temps du droit. Ethnographie d'un raisonnement objectivant ». *Op. cit.* p. 181

permettant de prendre une décision : le droit « développe un certain nombre de techniques permettant de 'jouer' sur le temps, en en faisant un facteur d'extinction de sa compétence (prescription) ou, au contraire, en réactivant celle-ci (rétroactivité) »[1]. En d'autres termes, « le temps est à la fois vécu comme une contrainte objective et utilisé comme une ressource épistémique dont la réification permet le modelage pratique de la relation du droit à l'histoire et à la société »[2].

D'après les entretiens que j'ai pu mener avec le magistrat et les assesseurs coutumiers, l'antériorité de l'opération médicale par rapport à la demande de changement de sexe à l'état civil coutumier, est au cœur du débat. « La notion de temps se retrouve ainsi projetée au centre de la discussion, parce que, de l'importance qu'on lui accorde et de la signification qu'on lui confère, procèdent de multiples conséquences juridiques concrètes »[3], dont la nécessité de demander l'accord au chef de clan en premier lieu.

Le magistrat qui décide d'accorder la demande de changement de sexe à l'état civil coutumier sans demander l'autorisation du chef de clan, propose un regard rétrospectif sur les faits (l'opération de réassignation sexuelle et l'expertise médicale, la reconnaissance sociale et familiale, etc.) « tout en les présentant comme bruts, les emboîte de telle sorte qu'ils aboutissent nécessairement – aussi bien factuellement que logiquement et juridiquement à [son jugement] faisant passer à l'arrière-plan ce qui ne trouve pas place dans sa démonstration et faisant accéder au statut de preuve péremptoire ce qui y correspond »[4]. La temporalité nécessaire à la prise de décision guide la lecture des faits.

Au fond, comme le dossier présenté par la justiciable ne contenait pas d'acte coutumier, l'opération juridique à l'œuvre ici a consisté à décréter qu'il n'y en a jamais eu besoin pour ce cas bien précis. On fabrique l'illusion de la continuité de la règle (la nécessité de l'acte coutumier), y compris au sein de ce cas limite[5]. En d'autres termes plus familiers, « l'exception confirme la règle » (« il y a une nécessité de demander l'acte coutumier, sauf dans ce cas ci »).

---

[1] *Ibid.*

[2] *Ibid.* p. 185

[3] *Ibid.* p. 182

[4] *Ibid.* p. 183

[5] THOMAS, Yan. « L'extrême et l'ordinaire. Remarques sur le cas médiéval de la communauté disparue ». *Op. cit.*

La règle reste valide, par le fait qu'elle ne soit pas mobilisée dans le cas, grâce à la pirouette temporelle de la relecture juridique des faits.

Dans la pratique juridique des chambres coutumières, le traitement de la durée s'avère particulièrement sensible , dans la mesure où le caractère intemporel et en quelque sorte éternel de la « coutume »[1] dont les principes sont théoriquement (en vertu de la législation) l'unique source de décision, peut entrer en conflit avec la nécessité de l'adapter à des circonstances particulières, ce qui révèle dans notre cas, une tension dans l'articulation du droit coutumier et des droits fondamentaux. On préfère donc faire « comme si » cet acte coutumier n'avait été nécessaire que dans le cas où les faits auraient été différents (avant l'opération de réassignation sexuelle). Selon Annelise Riles, pour que le droit soit vecteur d'espoir, il faut qu'une fiction juridique aura réorienté le savoir juridique. Le potentiel émancipateur et « optimiste » (*hopeful*) du droit logerait donc dans son rapport différé au réel[2], notamment quand le raisonnement juridique opère un mouvement de retournement ou d'inversion de l'analyse, de manière à internaliser une possibilité qui lui était extérieure[3]. Les jeux de temporalité sont donc inextricablement liés avec ceux des artifices juridiques de traitement du réel, tels que la fiction ou la présomption.

2) Réparer la coutume

Le jugement de 2017 affirme qu'il est « observé que la coutume ne [s'immisce] pas dans la vie la plus intime des personnes ». J'ai mentionné plus haut que pour le magistrat ayant rédigé la décision, la notion « d'intimité » est pour lui employée de manière très restrictive pour désigner les parties génitales des personnes. Néanmoins la décision est formulée, comme s'il s'agissait d'un constat objectif et indiscutable. Je n'ai jamais eu l'occasion, au cours de toutes

---

[1] ASSIER-ANDRIEU, Louis. « Penser le temps culturel du droit ». *Op. cit.*

[2] RILES, Annelise. « Is the Law Hopeful? » *The economy of hope*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2016, p. 126-146. Voir aussi la traduction de l'article. RILES, Annelise. « Le droit est-il porteur d'espoir ? », *Clio@Themis. Revue électronique d'histoire du droit*. traduit par Laetitia GUERLAIN. 15 avril 2021 No. 15.

[3] « Drawing upon the character of the network form, we can say that the networks and personal relationships are the same form seen twice. It is not that networks "reflect" a form of society, therefore, nor that society creates its artifacts. The inside and the outside of the artifact are not text and context in the modernist sense. Rather, it is all within the recursivity of a form that literally speaks about itself. In the sense of a figure that, seen twice, appears to turn inside out and thus to generate a sense of reality or dimensionality, each serves as the inside or outside of the other. No. wonder, then, that the personal identities and differences "outside" the Network seem superficial, just as network linkages outside personal relationships seem to devote an extreme amount of attention to form." RILES, Annelise. *The Network Inside Out*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2000. p. 69.

mes observations d'audiences, d'observer la mobilisation de cet argument dans d'autres circonstances. Le cadre coutumier habituel, à savoir les « gestes coutumiers » qu'il faut exécuter pour établir des liens conjugaux ou de filiation, ou encore les actes coutumiers qu'il faut produire pour changer des éléments de l'état civil d'une personne (comme son prénom), laissent entendre au contraire, que la coutume *peut* s'immiscer dans des aspects relatifs aux droits individuels d'une personne. On peut donc raisonnablement déduire que l'affirmation non étayée selon laquelle « la coutume ne s'immisce pas dans la vie la plus intime des personnes » relèverait d'une traduction juridique de faits qui aurait alors un rapport plus ou moins distendu avec la réalité[1].

> « Le droit répudie le doute lorsque malgré le doute il lui faut trancher : l'exigence de décision suspend, après qu'elle s'y soit provisoirement assujettie, l'exigence de la vérité. Ce que décrète la présomption, c'est la non-pertinence du doute. (…) [La présomption] repose sur l'incertitude du vrai. »[2]

Dans les cas classés comme difficiles par les professionnels du droit, ceux notamment où les règles à appliquer ne coulent pas de source, un effort d'interprétation plus soutenu sera exigé de la part des juges. La part de création et d'interprétation des juges est à ce moment davantage perméable à des facteurs externes à la règle, telle que la morale, la politique, des standards de justice sociale et de pratique professionnelle[3]. Si le droit est sans doute bien un autre monde, le champ juridique n'en est pas pour autant étanche. D'où l'injonction de Roger Cotterrell à interpréter le droit à l'aide des sciences sociales (de la sociologie notamment), et de renoncer à toute distinction entre des approches qui lui seraient internes ou externes[4].

> "Sociological insight is simultaneously inside and outside legal ideas, constituting them and interpreting them; sometimes speaking through them and sometimes speaking about them; sometimes aiding, sometimes undermining them. Thus, a sociological

---

[1] La distance entre la « réalité » et la « traduction juridique des faits » ne nous intéresse pas ici en tant que tel. Je m'emploie uniquement à décortiquer le raisonnement juridiques des professionnels du droit. B. Trépied et C. Demmer ont consacré un ouvrage à cette « distance ». Voir DEMMER, Christine et Benoît TREPIED (éd.). *La coutume kanak dans l'État*. *Op. cit.*

[2] THOMAS, Yan. *Les opérations du droit*. *Op. cit.* p. 134

[3] DUPRET, Baudouin, Samer GHAMROUN, Youmna MAKHLOUF, et al. « Playing by the rules: The search for legal grounds in homosexuality cases - Indonesia, Lebanon, Egypt, Senegal » in B. Dupret, Julie COLEMANS et Max TRAVERS (eds.). *Legal Rules in Practice: In the Midst of Law's Life*. London: Routledge, 2020.

[4] COTTERRELL, Roger. « Why Must Legal Ideas Be Interpreted Sociologically? », *Journal of Law and Society*. 1998, vol.25 No. 2. p. 171-192.

> understanding of legal ideas does not reduce them to something other than law. It expresses their social meaning as law in its rich complexity."[1]

Repérer la part de création des professionnels du droit lors de l'interprétation qu'ils font des faits est tributaire de cette posture de recherche. Lors de la traduction juridique de ces faits, il peut y avoir un « écart relatif » entre « ce qui se déclare et ce qui existe »[2]. Y. Thomas estime qu'historiquement, une des caractéristiques du droit est la subversion du fait et donc le « pouvoir de commander le réel en rompant avec lui ». L'écart au fait serait ainsi constitutif du droit.

La manière dont se détermine cet écart se loge dans des opérations juridiques, de fiction ou de présomption. La différence entre les deux opérations est l'enjeu de débats. Stefan Goltzberg estime « qu'il n'est plus impératif de distinguer scrupuleusement présomption et fiction »[3]. Pour lui, réside dans le fait que

> « la fiction soit un discours qui est adopté *indépendamment* de la vérité ou de la réalité et non pas *contrairement* à la vérité ou à la réalité. Qui peut le plus peut le moins : le discours qui est effectivement contraire à la réalité est donc tenu indépendamment de celle-ci. »[4]

En ce qui concerne la présomption, il note qu'« un si grand nombre d'auteurs » a fait reposer la présomption « sur le probable » si bien « qu'il serait vain de vouloir les citer tous »[5]. S. Goltzberg propose ainsi une définition de la présomption, non pas comme une plausibilité ou un probabilité, mais comme une assertion, d'origine légale ou judiciaire, tenue pour vraie jusqu' à preuve du contraire (et parfois en dépit de la preuve du contraire)[6]. Les présomptions sont donc des « procédés établissant explicitement, dans un but pratique, un rapport d'indifférence (relative ou absolue) à la vérité des faits dont elles supposent l'existence. »[7]

---

[1] *Ibid.* p. 181. Également cité dans STRUELENS, Olivier. *Les juges et les médiateurs face à l'enlèvement parental international*. *Op. cit.* p. 18

[2] THOMAS, Yan. *Les opérations du droit*. *Op. cit.* p. 133-134

[3] GOLTZBERG, Stefan. « De quoi la fiction indique-t-elle l'absence ? » *Op. cit.* p. 118

[4] *Ibid.* p. 110

[5] *Ibid.* p. 105

[6] GOLTZBERG, Stefan. *Théorie bidimensionnelle de l'argumentation juridique. Présomption et argumentation a fortiori*. Bruxelles : Bruylant, 2013.

[7] XIFARAS, Mikhaïl. « Fictions juridiques: Remarques sur quelques procédés fictionnels en usage chez les juristes », *Zinbun*. 2011 No. 43. p. 112.

Rappelons que si la fiction indique « l’absence ou la suspension d’une description sérieuse de la réalité », c’est à toute fin pratique, puisque « le droit n’entend pas tant décrire que gérer le réel »[1]. En affirmant que « la coutume ne s’immisce pas dans la vie la plus intime des personnes », le magistrat intègre dans sa décision une « apparence de certitude un probable qui ne peut être éternellement débattu »[2], voire même dans le but d’éviter tout débat. Il n'empêche que cette opération juridique contribue à injecter un contenu normatif stable (provisoirement) au droit coutumier et à articuler plus harmonieusement droits fondamentaux et coutume. Le fait même que le cas à l’étude semble contraire aux affaires habituelles, examinées au chapitre précédent, exprime la relation entre procédure et substance dans le cadre de la fabrique du droit coutumier. Les épreuves mutuelles entre droit et coutume, et le jeu de contraintes normatives que doivent négocier les magistrats explique que de manière générale la jurisprudence coutumière a tendance à privilégier des normes « procédurales » comme contenu de la coutume (*i.e.* demander des autorisations). Dans l’étude de cas, la norme applicable (la production d’un acte coutumier) est écartée dans le processus de décision. L’application inhabituelle du cadre coutumier remet en jeu l’articulation entre droits fondamentaux et droit coutumier.

D - Un bilan mitigé : une occasion manquée d’intégration des droits fondamentaux ?

> « Mais enfin, s’est-il passé quelque chose, oui ou non ? Non, puisqu’on n’a fait que toiletter le droit. Oui, puisque maintenant on sait. […] [T] out a changé, mais rien n’a changé […]. Ah ! L’homéostasie du droit. »[3]

Déterminer la bonne règle à appliquer est essentiel dans le travail des magistrats. Le cas illustre de manière paradoxale que les règles sur lesquelles s’appuient les juridictions coutumières sont des élaborations ad hoc à partir de matériaux divers et parfois implicites. B. Dupret a montré sous plusieurs formes que les règles présentées et appliquées par les juges sont à la fois une contrainte, un cadre, mais offrent également la possibilité d’un raisonnement flexible[4].

---

[1] GOLTZBERG, Stefan. « De quoi la fiction indique-t-elle l’absence ? » *Op. cit.* p. 118

[2] THOMAS, Yan. *Les opérations du droit*. *Op. cit.* p. 135

[3] LATOUR, Bruno. *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d’État*. Paris: La Découverte/Poche, 2004. p. 199.

[4] DUPRET, Baudouin, Samer GHAMROUN, Youmna MAKHLOUF, et al. « Playing by the rules ». *Op. cit.*

Dans le cas de demande de changement de sexe à l'état civil coutumier, il n'y a pas de règle directement applicable. Nous avons vu qu'il s'agit alors pour les professionnels du droit de sélectionner des principes qu'ils éprouvent coutumièrement au moyen du jugement. L'enjeu primordial du jugement est de produire une articulation suffisamment robuste entre droits fondamentaux et droit coutumier, par l'épreuve mutuelle entre droit et coutume, même si elle le fait de manière relativement implicite. En effet, comme le montre le chapitre III, il n'y a pas d'articulation textuelle claire et mécanique du droit coutumier produit par les juridictions coutumières avec les droits fondamentaux. La reconnaissance des juridictions coutumières est basée sur la fiction d'un pluralisme juridique égalitaire, alors qu'il s'agit d'institutions étatiques, qui négocient leur autonomie au sein du cadre étatique et de sa pyramide des normes. L'articulation entre droits fondamentaux et juridictions coutumières se fait donc au cas par cas, et se fonde sur le présupposé d'une incompatibilité (1) notamment parce que les juridictions coutumières rechignent à trancher la question de manière définitive, pour éviter de penser comment les juridictions coutumières se positionnent vis-à-vis de la souveraineté kanak et si elles en sont réellement un levier (2).

1) Une pensée au cas par cas influencée par un présupposé d'incompatibilité

Nous avons vu dans le chapitre précédent que les juridictions peinent à se saisir de la question des droits fondamentaux, autrement que par un raisonnement circulaire, qui affirme que l'application des droits fondamentaux passe nécessairement par l'application de « la coutume ». Le raisonnement ne se fonde sur rien d'autre que la constitutionnalité de l'application de l'Accord de Nouméa, duquel les juridictions coutumières relèvent. Il s'agit ainsi de maintenir la fiction de l'autonomie des juridictions, et donc de la souveraineté interne du peuple Kanak. La question de l'articulation entre différents ordres normatifs, comprenant notamment des droits autochtones, peut se faire de manières polyphonique, que ce soit par le biais législatif ou jurisprudentiel, cette dernière option permettant de pousser l'autonomie des juridictions autochtones assez loin, comme le montre l'exemple de la Colombie (voir chapitre III). Néanmoins nous allons voir dans cette section que le raisonnement qui émerge de l'affaire de 2017 permet de montrer que la question de l'articulation des différents ordres juridiques s'appuie sur le présupposé d'une incompatibilité entre coutume et droits fondamentaux.

En effet, dans l'affaire de la demande de changement de sexe de 2017, la tension avec les droits fondamentaux transparaît principalement par le souci du Magistrat M3 de ne pas « exclure » la justiciable de la coutume.

> « Donc ce qu'on dit aux termes de la décision [de 2017] c'est qu'en gros, la coutume n'exclut pas. Elle prend acte. C'est une prise d'acte mais sans exclusion. Vous voyez un peu l'idée. »[1]

Le Magistrat M3 assume cette position et assure qu'il ne s'agit pas d'une action unilatérale et assimilationniste de sa part, mais qu'elle se base sur une réflexion où transparaissent en pointillé et implicitement les droits fondamentaux.

> « Je ne voulais pas que ça se fasse dans le dos des coutumiers. Et c'est pour ça que la philosophie qu'on a réussi à dégager c'est que la coutume n'est pas exclusive, on n'exclut pas une personne - notamment du fait de son changement de sexe - parce que cette personne elle est connue à la tribu comme ayant un comportement du sexe opposé. Et au préalable ça concerne sa vie à elle. Et c'est sûr que si on demandait l'avis des coutumiers, c'est sûr qu'ils diraient non. Vu leur organisation, et leur conception, il n'y a pas moyen qu'on autorise le changement de sexe. Mais justement, je trouvais respectueux aussi de la part des coutumiers de dire « pour autant que ça corresponde à votre physionomie, à votre comportement coutumier que les gens connaissent à la tribu; on ne peut pas vous interdire de changer de sexe ». C'est respectueux du coutumier de ne pas vous exclure simplement parce que vous vous êtes mis en harmonie avec votre identité, votre comportement à vous. On ne vous exclut pas. Mais ça s'arrête là ! C'est à dire que vous n'allez pas avoir un mariage et des adoptions ! »[2]

Cette décision répond d'une certaine manière à des interrogations de longue date du Magistrat M3. Celui-ci se demande depuis que je l'ai rencontré, si le droit coutumier pourrait être une porte d'entrée pour « le changement des mentalités ». « La coutume ne dit rien de concret, elle donne des pistes » selon lui.

> « C'est le côté administratif du droit coutumier qui rend [le changement] possible. Pas son aspect pseudo-coutumier. (…) Le droit coutumier permet une évolution à la marge, à la frontière de la coutume ; en devenant autre chose. »[3]

Ceci permet alors, selon lui, à la coutume de rester « inchangée, protégée, immuable » tout en répondant à la nécessité « d'écrire un droit coutumier moderne ».

---

[1] Entretien avec le Magistrat M3, 29 août 2018

[2] Entretien avec le Magistrat M3, 12 avril 2019

[3] Entretiens informels avec le Magistrat M3 entre deux audiences, TPI de Nouméa, 11 août 2016

> « Officiellement ceci est une chambre coutumière mais dans la pratique on fait très peu de discussions cent-pour-cent coutumières. C'est une institution très hybride, on mélange un peu des deux côtés. La coutume est bridée dans tous les cas par toutes les matières internationales. La décision de la Cour d'appel est de botter en touche par rapport à ces sujets, elle renvoie à la coutume et aux grandes chefferies. »

Ce qu'exprime ici le magistrat est le paradoxe dans lequel se trouvent les professionnels du droit siégeant dans les juridictions coutumières qui sont à la fois des institutions républicaines, instaurées par l'État français et en même temps, le symbole d'une souveraineté octroyée. En cela, le contenu de la « coutume » ne doit pas être investi et assimilé par l'État et ses agents. Ceux-ci doivent l'appliquer selon des modalités extensives mais non intrusives. Il s'agit alors, par différents mécanismes de validation, de déléguer le contrôle de conformité de la coutume, à des autorités externes au tribunal, comme nous l'avons vu au chapitre précédent. L'accumulation de ces épreuves génère de manière incrémentale un droit coutumier – à savoir la résultante jamais complètement stabilisée de la somme de ces épreuves. Néanmoins l'articulation avec les droits fondamentaux reste un point aveugle, ou en tout cas relativement muet, des règles mises en œuvre par les juridictions.

> « Certains aspects de la coutume ne peuvent manquer d'apparaître comme trop contraires aux droits fondamentaux pour ne pas pouvoir être écartés. Le constat ne suffisant pas, il convient de trouver le fondement qui pourrait être invoqué par le juge judiciaire pour écarter une coutume contraire sans atteindre la lettre ni l'esprit de l'Accord de Nouméa. »[1]

C'est ce flou dans l'articulation des normes qui conditionne et stimule la créativité des magistrats. Ils sont alors les « conservateurs de la coutume » au titre de l'Accord de Nouméa, ce qui les amène à transformer celle-ci quand elle n'apporte pas toutes les réponses, ou qu'ils présupposent une incompatibilité entre celle-ci et le respect des droits fondamentaux.

> « Le juge doit faire une balance des intérêts en présence : entre d'une part la préservation de la valeur et de la pleine juridicité de la coutume kanak telle qu'elle a été définie par l'Accord de Nouméa et, d'autre part, la protection de valeurs fondamentales jugées absolument supérieures. »[2]

Nonobstant É. Cornut concède que « le seul critère de la hiérarchie des normes, s'il est nécessaire, ne suffit pas » pour définir ce qu'il a appelé un « ordre public interpersonnel »[3].

---

[1] CORNUT, Étienne. « L'application de la coutume kanak par le juge judiciaire à l'épreuve des droits de l'homme ». *Op. cit.* p. 251

[2] *Ibid.* p. 258

[3] *Ibid.*

Celui-ci désigne l'ensemble des « valeurs jugées fondamentales dont le respect dépasserait l'opposition des statuts personnels ». Or cet ordre n'a ni fondement, ni contours parfaitement clairs – même s'il existe un faisceau d'indice[1], qui ne sont pour autant pas complètement stabilisés comme le montre notre cas d'étude. Ce qui est en revanche établi est que cet ordre interpersonnel ne peut être expliqué à l'aide d'une conception d'une hiérarchie des normes claire et stable[2].

Dans le cas de la demande de changement de sexe à l'état civil, la tension avec l'application de l'article 8 de la CEDH est remise à jour. Il s'agit très précisément d'une tension entre la protection de l'autonomie du sujet, et le principe d'indisponibilité entériné et renforcé par les chambres coutumières. S'appuyer de manière non critique sur la théorie de la hiérarchie des normes invisibilise les raisonnements autour de l'articulation entre les différentes opérations juridiques telles que le cadrage, la validation, la délégation, les opérations de temporalité ou la fiction-présomption. D'autant que dans la jurisprudence, la pyramide a parfois été écartée, voire inversée, au nom de l'autonomie des chambres coutumières et l'application de l'esprit de l'Accord de Nouméa, dont j'ai déroulé les ressorts au chapitre III. C'est en effet au nom de ce mécanisme, qu'un raisonnement circulaire s'est mis en place selon lequel le respect des droits fondamentaux passe par l'application de « la coutume ». Or affirmer que respecter la vie privée des personnes (article 8 de la CEDH) en appliquant « la coutume » ne fonctionne plus dès lors que les demandes des justiciables portent très précisément sur l'autodétermination de leur personne[3]. Il n'y a alors plus de règle coutumière toute prête à l'emploi, « la coutume » est à ce moment mise à l'épreuve. On est alors bien dans la définition pragmatiste de l'épreuve comme une crise de représentation[4]. Aussi parce que les règles coutumières qui pourraient être employées pour répondre à la demande ne semblent pas appropriées aux magistrats et aux assesseurs coutumiers qui ont jugé ces affaires, comme l'atteste les propos du Magistrat M3 :

---

[1] CORNUT, Étienne. « L'application de la coutume kanak par le juge judiciaire à l'épreuve des droits de l'homme ». *Op. cit.*

[2] ROULAND, Norbert. « L'interculturalité dans la justice », *Les Cahiers de la Justice*. 2021, vol.4 No. 4. p. 677-689.

[3] FERRIE, Scarlett-May. *Le droit à l'autodétermination de la personne humaine - Librairie Eyrolles*. *Op. cit.*

[4] LEMIEUX, Cyril. *La sociologie pragmatique*. *Op. cit.*

> « Moi c'est comme ça que je l'envisage [de manière à résoudre le problème] et c'est comme ça que la décision a été rendue. Parce que sinon c'est un rejet quoi. (…) On pouvait très bien estimer qu'en droit coutumier il faille une autorisation coutumière. »[1]

C'est aussi la juridiction coutumière qui est mise à l'épreuve. Ces entretiens rappellent clairement que l'articulation entre le régime des droits fondamentaux et du droit coutumier – deux régimes dont l'application relève d'obligations constitutionnelles - repose exclusivement sur les magistrats et les assesseurs coutumiers. La production du droit coutumier relève donc de différents registres normatifs, permettant aux professionnels du droit de construire des critères de légitimité coutumière éprouvés juridiquement. Néanmoins les relations entre droit étatique et droit coutumier sont majoritairement passées sous silence, alors que cette combinaison est le cœur de la productivité du droit coutumier. Les combinaisons, les assemblages, les vernacularisations[2], sont autant de techniques juridiques qui permettent d'éviter une approche essentialisante de la coutume. Au fond, c'est l'accumulation d'épreuves mutuelles du droit et de la coutume, fondée sur une logique de renégociation ponctuelle, qui permet d'éviter l'essentialisation de la coutume.

> « L'introduction d'une dimension culturelle dans la technique juridique requière donc, sous peine de rester inefficaces face aux mutations des structures de pouvoir, de cesser de présupposer des réalités intangibles. »[3]

Il s'agit de décrire comment des « arrangements » de différentes natures - mais dans notre cas, juridiques - ressemblent à des polyphonies[4], constituées de mélodies autonomes mais entrelacées, séparées, mais simultanées, produisant de l'harmonie comme de la dissonance[5].

---

[1] Entretien avec le Magistrat M3, 29 août 2018

[2] "The concept of vernacularization was developed to explain the nineteenth-century process by which national languages in Europe separated, moving away from the medieval transnational use of Latin and creating a new and more differentiated sense of nationhood in Europe (Anderson 1983). Human rights language is similarly being extracted from the universal and adapted to national and local communities. But, as we have seen, to translate human rights into the vernacular is not to change their fundamental meanings. Instead, the legal basis of human rights and the institutions through which they are implemented retain their grounding in global structures and understandings." MERRY, Sally Engle. *Human Rights and Gender Violence: Translating International Law into Local Justice*. Chicago: University of Chicago Press, 2006. p. 219.

[3] TRUFFIN, Barbara. « Droits autochtones amazoniens et droit officiel équatorien ». *Op. cit.* p. 160

[4] REVET, Sandrine. « Polyphonie autour du fleuve Atrato en Colombie et de ses Gardiens », *Sociétés politiques comparées*. 2020, vol.52.

[5] « Bien plus, en opposition au caractère prédictible d'un morceau de musique écrit qui peut être répété encore et encore, la polyphonie d'un agencement se transforme à mesure que les conditions changent. (…) Des agencement fusionnent, se modifient et disparaissent : là est le récit à raconter. » LOWENHAUPT

Les juridictions coutumières produisent un droit coutumier polyphonique, dont les différents éléments ont quelque chose de commun, mais parfois aussi, de dissonant. L'articulation entre les droits fondamentaux et le droit coutumier se fait donc également au prix de dissonances et de frictions, contrairement à ce que laisse supposer une application circulaire de l'article 8 de la CEDH.

La Nouvelle-Calédonie et ses juridictions coutumières sont un exemple intéressant puisqu'elles existent dans un État réputé unitaire et assimilationniste. Ce qui se négocie finalement en pointillé dans l'articulation que font les magistrats entre « coutume » et droits fondamentaux est la souveraineté des juridictions coutumières, et par extension du peuple kanak. Cette articulation échappe en grande partie aux théories coloniales autour de la *repugnancy clause* (clause de répugnance).

Il faut rappeler que la « répugnance » (*repugnance*) n'est au départ rien d'autre que le terme juridique approprié pour désigner une antinomie — une situation dans laquelle un conflit au sein, ou bien entre, des dispositions juridiques se manifeste par exemple. En ce sens, la répugnance est utilisée dès le XIIIe siècle dans le sens d'une opposition, d'une incompatibilité et ne porte alors pas de jugement moral[1]. Aujourd'hui encore, en anglais du moins, on peut dire qu'une clause de contrat peut être répugnante à une autre si celles-ci ne sont pas compatibles. Néanmoins en français, le terme commence à acquérir un caractère moral, au sens d'une aversion, à partir du milieu du XVIIe siècle en français. En anglais, il semblerait que le terme ait acquis des contours d'ordre moral lors d'une appropriation progressive par les autorités coloniales. Mélissa Demian rappelle que la clause de répugnance trouve son origine dans les colonies britanniques d'Afrique[2]. Elle était utilisée pour affirmer une hiérarchie entre les régimes moraux européens et coloniaux, des régimes moraux « indigènes ». Les administrateurs coloniaux peuvent y faire appel pour écarter les « coutumes indigènes » qui entrent trop ostensiblement en conflit avec les valeurs occidentales. M. Demian étudie le cas de la Papouasie Nouvelle Guinée (PNG) qui a gardé cette clause dans sa législation après son indépendance. Elle analyse la manière dont les professionnels du droit y ont recours. L'hypothèse de Demian

---

TSING, Anna. *Le champignon de la fin du monde: Sur la possibilité de vie dans les ruines du capitalisme*. Paris : La Découverte, 2015. p. 24.

[1] « Répugnance » *Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales*. Nancy: Site du CNRTL, 2012, En ligne : https://www.cnrtl.fr/etymologie/r%C3%A9pugnance [consulté le 7 novembre 2019].

[2] DEMIAN, Melissa. « On the Repugnance of Customary Law », *Comparative Studies in Society and History*. Avril 2014, vol. 56 No. 02. p. 508-536.

est que les juges, en PNG, ont pris sur eux, dans le cadre de leurs attributions, de déterminer quelles pratiques présentées comme coutumières sont conformes ou non au droit coutumier — sans qu'il s'agisse exclusivement d'un critère de compatibilité ou d'harmonisation juridique. Il s'agirait en quelque sorte d'un test, pour déterminer ce que la classe moyenne éduquée de PNG est prête à tolérer dans un État-nation qui se veut libéral[1].

Dans le cadre du cas d'étude calédonien, il ne s'agit pas de réactiver une sélection coloniale de « bonnes » et de « mauvaises » coutumes. Néanmoins, le raisonnement juridique qui transparait dans mes entretiens et observations ethnographiques, est empreint d'une vision relativement essentialiste de la coutume, basée sur un présupposé négatif de non-compatibilité avec les droits fondamentaux. Y compris pour un cas où « la coutume » est apparemment silencieuse (la question trans')[2]. C'est dans cet espace que se loge la créativité des professionnels du droit. Leurs réflexions, leurs hésitations, leurs bricolages juridiques sont ainsi autant de processus qui répondent à la logique de la fabrique du droit coutumier, dont le fond est en somme adapté au « cadre coutumier » jurisprudentiel.

À ce titre, le contenu des règles coutumières peut être relativement variable, notamment dans leur articulation avec les droits fondamentaux. Il est déterminé par les différentes épreuves coutumières, mises en place par, et auxquelles sont aussi soumis, les professionnels du droit. Pourtant, le droit coutumier semble cadenassé par la fiction de l'autonomie des juridictions coutumières. Afin de ne pas se prononcer sur la question de l'articulation des normes, et de compromis, le raisonnement circulaire mis en œuvre par les magistrats vide les catégories juridiques de leur sens, sans toutefois se prononcer fermement sur la place des juridictions coutumières vis-à-vis des droits fondamentaux. Les professionnels du droit ont estimé que l'application de la coutume correspond nécessairement à une réalisation des droits fondamentaux, ce qui revient à dire qu'il n'y a pas à s'en préoccuper, parce que la conformité de la coutume aux droits fondamentaux est postulée. Et pourtant, l'affaire de 2017 laisse entendre l'inverse.

---

[1] Voir *Ibid.*

[2] MARMOUCH, Maroua. *Transgenres en Nouvelle-Calédonie*. *Op. cit.*

2) La portée restreinte de l'application des droits fondamentaux par les juridictions coutumières

Dans cette section nous verrons comment le traitement des demandes de changement de sexe à l'état civil coutumier évitent encore de se prononcer sur une articulation formelle entre droit coutumier et droits fondamentaux, tout en accédant à la demande. En ce sens, la portée des décisions est volontairement restreinte à des cas très particuliers (2a). Néanmoins, comme abordé dans la section précédente, il existe d'autres possibilités pour appréhender les droits fondamentaux et même pour en optimiser la portée. On pourrait par exemple concevoir une articulation plus systématique entre droit coutumier et droits fondamentaux, en cadrant les cas qui s'y prêtent (notamment ceux touchant aux violences intrafamiliales et/ ou à l'égard des femmes) comme des affaires relevant de la protection de droits fondamentaux (2b).

a) Éviter un revirement de jurisprudence par la circonscription du cas à « la vie la plus intime »

La décision de 2017 aurait eu le potentiel pour positionner le droit coutumier différemment par rapport à l'article 8 de la CEDH, voire de créer un revirement de jurisprudence[1] concernant l'automaticité de demander l'accord du chef de clan pour des demandes qui ont trait à l'autodétermination. Pourtant, le Magistrat M3 a limité la portée de la décision. Il insiste ainsi dans le jugement final sur le fait que sa décision ne concerne que les demandes de changement de sexe à l'état civil coutumier en expliquant que « la vie la plus intime des personnes » concerne les parties génitales des justiciables. Il s'aligne ainsi sur l'analyse d'É. Cornut qui explique qu'en cas de conflit entre droit coutumier et droits fondamentaux, le magistrat doit décider au cas par cas.

> « Ce n'est pas la coutume en tant que telle qui doit être écartée, et donc rendue caduque : c'est son application dans le cas concret soumis au juge qui peut être limitée. La contrariété de la coutume à l'ordre public interpersonnel doit être appréciée *in concreto*, notamment pour permettre à la coutume sa propre évolution sur le point de friction en cause. »[2]

---

[1] RORIVE, Isabelle. *Le revirement de jurisprudence: étude de droit anglais et de droit belge*. Bruxelles : Bruylant, 2003.

[2] CORNUT, Étienne. « L'application de la coutume kanak par le juge judiciaire à l'épreuve des droits de l'homme ». *Op. cit.* p. 259

É. Cornut justifie cette approche par le fait que si le droit coutumier doit défendre sa spécificité, celle-ci ne peut être maintenue qu'au prix d'un alignement avec les valeurs fondamentales des droits humains.

> « Le maintien d'un statut civil coutumier n'est rien si la norme qui en découle perd son droit à la différence, son droit à la diversité, au nom de valeurs qui lui sont extérieures, et alors que leur universalisme est à bien des égards discuté. Si la coutume contredit parfois les droits de l'homme, l'uniformisation du droit qui résulte des droits et libertés fondamentaux est, elle aussi, une menace pour la coutume. Mais la contrariété de la coutume à certaines valeurs fondamentales, universelles, relative à l'être, est aussi une menace pour la coutume elle-même, lorsque ces dérogations ne sont plus comprises par celles et ceux auxquels elle s'applique. Cette mise à l'épreuve de la coutume au regard des droits de l'homme n'est donc pas seulement négative, elle induit une introspection, afin d'éviter que ses sujets ne s'en écartent par un changement de statut, synonyme d'exclusion coutumière subie. »[1]

Au fond, en restreignant la portée de la décision, le Magistrat M3 évite le débat autour de l'articulation des différents ordres normatifs, qui repose, en l'absence de texte législatif clair, exclusivement sur les épaules des professionnels du droit. Cette absence de cadrage explicite autour des droits fondamentaux – malgré un champ sémantique très porté sur la « vie privée » - est justifié par le Magistrat M3 par le fait que la question trans' n'intéresse pas « la coutume » en ce qu'elle se situe en dehors des schémas matrimoniaux et familiaux habituels. Il y aurait donc moins d'enjeux pour les coutumiers selon lui.

> « C'est vrai que de toute façon comme la personne n'a pas de facultés reproductives. De toute manière sur le plan coutumier, une femme qui ne peut pas avoir d'enfants, ça n'intéresse pas les coutumiers. (…) Donc ça veut dire concrètement dans la coutume qu'il n'y aura pas de mariage pour cette personne. »[2]

Le magistrat s'assure ainsi que le droit à l'autodétermination de la personne est respectée, tout en faisant en sorte qu'il n'y ait pas de répercussion plus large, ni sur le plan jurisprudentiel, ni sur le plan coutumier.

> « C'est une sorte de voie sans issue, vous voyez ce que je veux dire? Ça permet de satisfaire une orientation sexuelle personnelle[3] qui en fait ne regarde personne dans la

[1] *Ibid.* p. 260

[2] Entretien avec la Magistrat M3, 29 août 2018

[3] Notons que l'identité trans' est une identité de genre, et ne présuppose en rien de l'orientation sexuelle de la personne. Les deux questions étant distinctes, elles sont soumises à des traitements juridiques distincts. Voire AMMATURO, Francesca Romana. « Le sujet juridique homosexuel et transgenre dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme. Choix linguistiques et création des identités », *Genre, sexualité & société*. 1 juin 2016 No. 15.

> coutume puisqu'on ne lui demande pas l'autorisation pour faire l'opération médicale. Mais il y a un intérêt pour cette personne sur le plan personnel pour toutes les démarches. Et coutumièrement ça a un sens parce que la personne se comporte comme ça dans la vie sociale. Voilà. Mais après ce n'est pas pour ça que la coutume est d'accord. De toute manière c'est une voie sans issue parce que ça ne sert à rien à cette personne sur le plan coutumier. »[1]

D'après le Magistrat M3, il s'agit de « savoir sur quelle ficelle on tire » parce que selon lui, un « débat de fond » risquerait de produire un rejet.

> « Si on rentre dans le débat de fond, de valeurs, de prises de position, en s'en sort pas. Ou on s'en sort avec un rejet. Donc là [le jugement de 2017] permet, un peu un match nul. C'est-à-dire que ça permet à la personne pour sa construction [personnelle]et son état civil, d'obtenir le document. C'est forcément une bonne chose pour la coutume aussi qu'elle [la justiciable] ne soit pas obligée de changer de statut. C'est le constat d'une réalité. D'une logique sociale. Donc voilà, c'est une donnée actée. Mais sans jugement de valeur, "on est contre le changement de sexe" ou "on est pour le changement de sexe". »[2]

Il s'agit donc pour le Magistrat M3 de « ménager le chou et la chèvre » et de se concentrer sur les aspects qui selon lui ne font pas débat. Ce dernier ne veut pas rentrer dans un « débat de fond » parce qu'il suppose que la coutume, ou les coutumiers, sont susceptibles de s'opposer à la demande de la justiciable. Or l'un des objectifs du Magistrat M3 est d'assurer la survie de la juridiction coutumière, ce qui implique de ne pas « faire fuir » les justiciables de statut coutumier.

En revanche, dans le cadre de l'affaire de 2017, même si le cadrage autour des droits fondamentaux est fantomatique, implicite et peu assumé, il a le mérite d'exister dans le raisonnement juridique du magistrat. Il n'en va pas dans même, dans d'autres cas (malheureusement) plus habituels, comme nous l'avons vu pour les violences faites aux femmes. Si l'on part du principe que l'interdiction absolue des traitements inhumains et dégradants est intangible, pourquoi ce principe ne s'étend-il pas aux foyers conjugaux et familiaux ? On peut émettre l'hypothèse selon laquelle les magistrats maintiennent une ambiguïté qui permet aux débats sur la souveraineté kanak de progresser. Ce faisant ils font toutefois l'impasse sur la pluralité des intérêts protégés par les droits fondamentaux, et la nécessité de faire une analyse plus substantielle de ceux-ci, afin de les articuler avec la coutume

[1] Entretien avec le Magistrat M3, 29 août 2018.

[2] *Ibid*.

de manière productive[1]. En évitant de se saisir de la question des droits fondamentaux, la juridiction coutumière souscrit implicitement à l'idée d'une pyramide des normes incompatibles avec la coutume. Elle restreint les possibilités de « vernacularisation » des droits fondamentaux au sein de la coutume, qui est pourtant une voie prometteuse selon Mark Goodale[2].

Par ailleurs l'hypothèse du magistrat selon laquelle les coutumiers n'accorderaient sans doute pas la demande de changement de sexe dépend probablement du même cadrage que le Magistrat M3 ne veut pas prendre en main, à savoir l'articulation du droit coutumier et des droits fondamentaux. L'histoire des revendications de souveraineté kanak est intimement liée aux revendications sur l'appropriation des notions de droits des peuples autochtones, y compris sur la scène internationale (voir chapitre III). La possibilité de s'inscrire dans des courants de pensées autochtones globaux et de se saisir d'instruments juridiques internationaux n'est donc pas nouvelles pour les activistes et représentants politiques Kanak[3]. En revanche, dans le cadre des juridictions coutumières, on peut émettre l'hypothèse que se saisir de textes ratifiés par la France, que cette dernière a placé tout en haut de sa pyramide des normes, reviendrait à reconnaître implicitement la souveraineté de la France. On peut également se demander s'il existe une possible contradiction avec la volonté affichée des magistrats de « décoloniser la justice ».

Ainsi ce que nous avons vu dans le chapitre précédent concernant les violences conjugales, et le cas d'étude, même si à des échelles différentes, est que les enjeux liés à la souveraineté du peuple kanak, et à l'autonomie des juridictions coutumières se déplacent au niveau des individus quand les mécanismes d'articulation des différents ordres juridiques se négocient au cas par cas. Il s'agit à chaque nouveau cas de déterminer quelle norme prime sur l'autre, et comment concilier coutume et droits fondamentaux quand il y a une tension. Cette logique laisse la place à des manières différentes d'articuler les ordres normatifs. C'est ce que nous

[1] WILSON, Richard Ashby et Jon P MITCHELL (eds.). *Human Rights in Global Perspective: Anthropological Studies of Rights, Claims and Entitlements*. London, New York: Routledge, 2003.

[2] GOODALE, Mark. « Afterword. Our Vernacular Futures » in Tine DESTROOPER et Sally Engle MERRY (ed.). *Human Rights Transformation in Practice*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2019, p. 251-262.

[3] Pour un exemple développé en profondeur concernant une controverse minière sur fond de conflits fonciers, voir LEVACHER, Claire. *Les chemins de l'autochtonie en Nouvelle-Calédonie*. *Op. cit.*

allons voir à présent, avec un cadrage plus assumé et volontairement tourné vers les droits fondamentaux.

b) Troquer une vision essentialisante de la coutume pour une approche technique et vernaculaire des affaires coutumières

Annelise Riles a constaté il y a plusieurs années que le potentiel transformateur des droits fondamentaux s'émoussait dans les mains des professionnels du droit, tout comme des activistes, quand l'instrumentalisme juridique prend le dessus. La vision instrumentale des droits de l'homme a eu tendance à enfermer ses utilisateurs dans une cage d'acier (*iron cage*)[1]. Par ailleurs, A. Riles insiste sur l'idée que la science juridique ne peut pas se résumer à un aspect instrumental, en dépit de ses caractéristiques éminemment techniques.

> "Legal knowledge is certainly not an end in itself—it always has a larger purpose. But at the same time, it is also not simply a pass-through to an economic or social end."[2]

Dans l'intention de sortir de catégories juridiques restrictives, dans le débat qui oppose traditionnellement « féminisme » et « culture » (« *feminism/culture debate* »), Karen Knopf, Ralf Michaels et A. Riles proposent de l'aborder sous le prisme du conflit de normes[3]. Les conflits de normes ont ceci d'intéressant qu'ils visent à déterminer quelle norme est applicable quand plusieurs normes peuvent prétendre résoudre un conflit[4]. Il s'agit d'une approche qui avait été proposée dans le cadre de revendications autochtones dans des États unitaires[5]. Le caractère éminemment technique dans la détermination de la norme applicable est ce qui permet

---

[1] RILES, Annelise. « Anthropology, Human Rights, and Legal Knowledge: Culture in the Iron Cage », *American Anthropologist*. Mars 2006, vol.108 No. 1. p. 52-65.

[2] RILES, Annelise. *Collateral Knowledge: Legal Reasoning in the Global Financial Markets*. Chicago: University of Chicago Press, 2011. p. 70.

[3] KNOP, Karen, Ralf MICHAELS, et Annelise RILES. « From Multiculturalism to Technique: Feminism, Culture and the Conflict of Laws Style », *Stanford Law Review*. 6 septembre 2011, vol.64. p. 589-656.

[4] Voir CORNUT, Étienne. « Les conflits de normes internes en Nouvelle-Calédonie . Perspectives et enjeux du pluralisme juridique calédonien ouverts par le transfert de la compétence normative du droit civil ». *Op. cit.*

[5] "When indigenous peoples go to the courts of the colonizer to reclaim their ancestral lands, an ostensibly unitary nation is divided into a number of incommensurable territories. Although the political formulation of these conflicts casts territory as a singular, linear, scarce and hence contestable, resource, the legal claims made on each side diffract 'territory' into as many terrains and as many proprietary genealogies as there are interests in play." POTTAGE, Alain. « Conflicts of laws: Comparing autochthonous legal cultures » in Stephen STETTER (ed.). *Territorial Conflicts in World Society*. Londres: Routledge, 2007.

de se décentrer de la présupposition que « culture » et « féminisme » sont deux objets irréconciliables[1] selon K. Knopf, R. Michaels et A. Riles[2].

A. Riles avait défini dans un ouvrage précédent ce qu'elle entendait par la technique juridique (*law's technicalities*)[3]. Appréhender le débat autour du féminisme et de la culture au prime de la technique juridique des conflits de normes permet selon les auteurs de faire progresser les points forts du débat en libérant une nouvelle énergie et en offrant une nouvelle approche aux problématiques. En effet, avant d'arriver à un débat opposant des valeurs éthiques, la technique juridique des conflits de normes doit traverser une série d'étapes qui permettent d'entrer dans un niveau d'analyse très détaillé – que le simple débat « féminisme v. culture » n'atteint jamais. La technicité des conflits de normes permet également d'ouvrir le champ du débat à des modes de résolution alternatifs, rendant la question de l'altérité et de la différence moins prégnante[4].

> "Understood as we suggest, the subtle ethical positioning of the conflicts method, effectuated all along in a particular technical aesthetic style, offers new energy and opportunity to the feminism/culture quagmire. Its very different orientation towards cultural conflict helps us to appreciate and advance the strengths of the debate. But conflicts also illuminate the limitations of the taken-for-granted orientations to the problem in feminist theory that we referred to as dialogue, tolerance, and compromise."[5]

Les modes de résolutions ad hoc proposées par les conflits de normes peuvent à mon sens accélérer et optimiser des phénomènes de « vernacularisation ». Les droits fondamentaux s'appuyant sur des logiques universalistes[6] (que d'aucuns ont pu dénoncer comme

---

[1] MOLLER OKIN, Susan. *Is Multiculturalism Bad for Women?* New Jersey : Princeton University Press, 1999.

[2] KNOP, Karen, Ralf MICHAELS, et Annelise RILES. « From Multiculturalism to Technique ». *Op. cit.*

[3] "The technical character of law, as I will use the term, encompasses diverse and even at times contradictory subjects and practices. These include, (1) certain ideologies – legal instrumentalism and managerialism (…); (2) certain categories of experts – especially scholars, bureaucrats and practitioners who treat the law as a kind of tool or machine and who see themselves as modest but expertly devoted technicians; (3) a problem-solving paradigm – an orientation toward defining concrete, practical problems and toward crafting solutions; (4) a form of reasoning and argumentation, from eight-part tests to reasoning by analogy, to the production of stock types of policy arguments to practices of statutory interpretation or citation to case law." RILES, Annelise. *Collateral Knowledge*. *Op. cit.* p. 64-65

[4] KNOP, Karen, Ralf MICHAELS, et Annelise RILES. « From Multiculturalism to Technique ». *Op. cit.* p. 594

[5] *Ibid.* p. 656

[6] ASSIER-ANDRIEU, Louis. « Le crépuscule des cultures. L'affaire Pitcairn et l'idéologie des droits humains », *Droit et Société*. 2012 No. 82. p. 763-787.

impérialistes[1]), font intrinsèquement face à l'enjeu perpétuel d'être pensés dans une pluralité de significations contextuelles[2]. Comme l'a fortement affirmé S. E. Merry, les droits fondamentaux sont une forme culturelle mondiale, mais ne sont pas appréhendés de la même manière par toutes les sociétés. Leur supposée universalité est mieux considérée comme une grammaire morale[3], qui aurait pour objectif de restreindre des abus de pouvoir ou d'autorité, que comme une vision du monde imposée – aussi émancipatrice soit-elle[4]. M. Goodale prône ainsi une approche des droits fondamentaux « pluraliste, décentralisée et peut être même déjudiciarisée »[5]. Certains auteurs ont ainsi observé des « avancées juridiques » incontestables, mais qui « restent lettre morte quand il s'agit de promouvoir la rupture radicale avec le modèle juridico-politique moniste de la modernité occidentale ». Ces mêmes auteurs ont toutefois émis l'hypothèse que « les propositions venues de la communauté indigène, dont les logiques se situent en dehors de la rationalité juridique moderne occidentale du capitalisme néolibéral, peuvent orienter vers la rupture décoloniale »[6].

Le cas à l'étude dans cette recherche permet d'affirmer qu'il est difficile pour les professionnels du droit de s'affranchir d'une manière individualiste de faire le droit, traversée par une certaine image du sujet de droit, de la souveraineté et de leur enchâssements mutuels avec le territoire et même la nationalité. Cette difficulté est d'autant plus notable qu'en l'état actuel de la législation, l'articulation entre les différents ordres normatifs repose exclusivement sur leurs épaules, avec l'idée que leur raisonnement juridique ne doit puiser sa source que dans la coutume et la parole des assesseurs coutumiers. Pourtant, les justiciables hybrident eux-mêmes les normes, à l'image de Marina, qui a intégré les recommandations de ses amies trans'. Les justiciables trans' de statut coutumier, que ce soit celles qui se sont déjà présentées devant les juridictions coutumières, et ceux et celles qui le feront à l'avenir, sont ainsi autant des

[1] MUTUA, Makau. « Savages, Victims, and Saviors: The Metaphor of Human Rights », *Harvard International Law Journal*. 2001, vol.42 No. 1. p. 201-245. ; MUTUA, Makau. *Human Rights: A Political and Cultural Critique*. Philadelphia : University of Pennsylvania Press, 2002.

[2] DE SOUSA SANTOS, Boaventura. « Toward a Multicultural Conception of Human Rights Special Theme: Globalization and Social Legal Field », *Droit et société*. 1997, vol.35. p. 79-98.

[3] LEMIEUX, Cyril. *Le devoir et la grâce*. Paris : Paris : Economia, 2009.

[4] MERRY, Sally Engle. *Human Rights and Gender Violence*. *Op. cit.*

[5] Une théorie renouvelle des droits fondamentaux serait pluraliste, décentralisée et déjudiciarisée selon Mark Goodale. Voir GOODALE, Mark. « Afterword. Our Vernacular Futures ». *Op. cit.* p. 260-261

[6] WOLKMER, Antonio Carlos et Efendy Emiliano MALDONADO BRAVO. « Pluralisme juridique face au constitutionnalisme latino-américain ». *Op. cit.*

vecteurs du changement que les professionnels du droit qui y siègent. Rien ne nous empêche d'imaginer une coproduction du droit coutumier par les professionnels du droit et les justiciables, dans une logique de plus grande symétrie entre les groupes.

Conclusion générale

Comment décident les professionnels du droit[1] des juridictions coutumières ? Comment contribuent-ils à la fabrique du droit coutumier ? Pour répondre à ces grandes questions, j'ai fait le choix de me saisir des pratiques observables, routinières, ordinaires. Il s'agissait de rendre compte du droit coutumier en action[2], c'est-à-dire du droit coutumier tel qu'il est interprété et appliqué par les professionnels des juridictions coutumières. Dans un premier temps, il a fallu cadrer le débat théorique pour l'ajuster aux besoins d'une recherche qui au-delà des pratiques juridiques, porte plus précisément sur le raisonnement juridique des professionnels du droit. Pour le saisir, j'ai forgé, selon un principe d'éclectisme raisonné, un alliage de méthodes, privilégiant les observations et les entretiens ethnographiques. L'enjeu de la recherche a été de rendre compte de la manière dont les professionnels du droit articulent les droits fondamentaux avec le droit coutumier qu'ils produisent, alors même que cette articulation constitue un régime dérogatoire, et que la législation ne donne que des indications à interpréter de manière large par les juges. La marge de manœuvre dans l'application des droits fondamentaux, repose donc sur les épaules des professionnels du droit. Cette approche a permis de revitaliser des espaces abrasés par le surinvestissement dans la notion de pluralisme juridique (A).

Dans un second temps mes recherches se sont resserrées sur étude de cas qui a approfondi l'analyse de deux affaires de changement de sexe à l'état civil coutumier. L'intérêt de la pensée par cas est qu'elle permet d'observer comment la coutume, théoriquement seule source du droit coutumier, éprouve le raisonnement juridique des professionnels du droit, et la manière dont celle-ci est elle-même éprouvée par le raisonnement juridique. Le droit coutumier naît finalement dans ces épreuves mutuelles surmontées par les professionnels du droit qui agissent comme des « *poblem solvers* » animés par le désir d'agir comme des « conservateurs de la coutume ». Ces manières de faire posent la question plus large de la gestion du changement social par les juridictions coutumières, et la manière dont elles participent plus largement au débat sur la souveraineté en partage, dans une nation en construction (B).

---

[1] TROPER, Michel. *Comment décident les juges. La constitution, les collectivités locales et l'éducation*. *Op. cit.*

[2] DUPRET, Baudouin. *Le jugement en action*. *Op. cit.*

A - Au-delà du pluralisme juridique pour étudier le raisonnement juridique

Si l'on reprend les distinctions entre coutume et droit coutumier, faites par A. Watson, on peut distinguer quatre « stades » : les habitudes (1), ne sont pas des coutumes (2), qui n'est pas du droit coutumier (3), qui n'est pas un texte législatif (4). Il est possible de passer d'un stade à l'autre à condition que les autorités compétentes le déclarent comme tel. Au fond, c'est également le constat que fait Jean-Louis Halpérin, par son approche empirique et disciplinaire, ancrée dans l'histoire du droit.

> « L'avènement de la coutume dans le droit ne passe-t-il pas toujours par les tribunaux (…), c'est-à-dire par des décisions judiciaires, normes individuelles dont certaines sont susceptibles de devenir des normes générales, grâce à des décisionnaires, pouvant eux-mêmes frayer la voie ou servir de compléments à des rédactions officielles érigeant la coutume au niveau de la loi ? De droit coutumier spontané, forme primitive de règles juridiques issues de la conscience du peuple comme le voulait Savigny, je ne vois nulle part la trace. »[1]

L'idée exprimée est que le droit coutumier est en quelque sorte toujours « élicitée » par le droit[2]. Si l'on schématise, les autorités compétentes en Nouvelle-Calédonie pour « déclarer » un droit coutumier sont passées des administrations coloniales, aux professionnels du droit des juridictions coutumières. À ce cadre peut s'ajouter une autorité législative qui encadre, de manière ponctuelle, les juridictions, par la production de législations tirant sa source de la coutume ou du droit coutumier. Celles-ci prendraient leurs décisions en se fondant sur l'unique source officielle, la coutume, transmise oralement par les assesseurs coutumiers, mise par écrit par le magistrat de formation civiliste. Brosser le tableau de l'office des professionnels du droit des juridictions coutumières revient à suivre un cheminement cadré, mais sinueux, et à rendre compte d'une

> « figure du juge hésitant, interprétant, évaluant et choisissant qui inquiète, car il bouscule la représentation, dans la pensée juridico-politique continentale, de l'œuvre juridictionnelle comme de la figure du juge objectif et impartial »[3].

---

[1] HALPERIN, Jean-Louis. « La coutume en Nouvelle-Calédonie en attente de décisionnaire(s)? ». *Op. cit.* p. 480

[2] WEINER, James. « Eliciting Customary Law », *The Asia Pacific Journal of Anthropology*. 2006, vol.7 No. 1. p. 15-25. ; WEINER, James et Katie GLASKIN. « Introduction: The (Re-)Invention of Indigenous Laws and Customs », *The Asia Pacific Journal of Anthropology*. 2006, vol.7 No. 1. p. 1-13.

[3] COLEMANS, Julie. *L'ordinaire du contentieux administratif*. *Op. cit.* p. 341

Le droit ne s'applique pas (toujours) de manière mécanique, les juges comme les assesseurs coutumiers sont des acteurs qui disposent de pouvoirs d'appréciation, notamment dans la manière dont ils interprètent l'articulation des normes entre-elles. S'intéresser au raisonnement juridique des acteurs du droit revient à étudier les épreuves coutumières qu'ils surmontent à l'aide d'opérations juridiques, dont l'accumulation et la routinisation génère la fabrication d'un droit coutumier. Le passage du deuxième stade au troisième stade de A. Watson relève donc d'une autorité prétorienne. L'analyse rigoureuse des affaires de demande de changement de sexe à l'état civil coutumier montre comment la pensée par cas[1] peut faire office de catalyseur pour une production théorique qui émane du terrain. L'articulation entre droit coutumier et droits fondamentaux n'est en effet pas clairement et définitivement arrêtée dans la législation. La logique qui la gouverne est celle de « l'exception culturelle ». En cela, elle résulte d'une casuistique reposant sur les professionnels du droit — rendant l'étude de leurs pratiques et raisonnements incontournables pour mieux comprendre la fabrique du droit coutumier.

L'étude d'un échantillon d'affaires a permis de montrer que le raisonnement juridique des professionnels du droit était structuré autour de la vérification d'un « cadre coutumier », plus précisément autour d'opérations de vérification de la production de « gestes coutumiers » ou « d'actes coutumiers » préalables à l'audience, par des autorités coutumières externes au tribunal (les clans et leurs représentants ou encore les officiers publics coutumiers). Si ce « cadre coutumier » semble relativement stabilisé, une étude ethnographique du contentieux montre que la routine stabilise aussi discrètement des irrégularités à ce « cadre ». La question des droits fondamentaux n'est jamais soulevée y compris dans des situations de violences familiales et genrées. Ce constat contraste avec le cas d'étude, d'emblée appréhendé à l'aune des droits fondamentaux — bien que ceux-ci n'apparaissent pas explicitement dans le jugement final.

Pour atteindre ces conclusions, il a fallu renverser le paradigme du pluralisme juridique qui tend souvent à approcher le droit d'un point de vue surplombant et, ce faisant, à court-circuiter l'observation des pratiques juridiques[2]. Par le déplacement du regard et le changement d'échelle, je me suis intéressée tant aux dispositions formelles qu'à leur mise en œuvre par le

---

[1] PASSERON, Jean-Claude et Jacques REVEL (éd.). *Penser par cas*. *Op. cit.*

[2] J'emprunte l'expression de « court-circuit » à Caroline Simon qui l'utilise dans sa thèse pour décrire les raccourcis normatifs à l'œuvre dans le traitement qui affecte le discours sur les familles immigrées. SIMON, Caroline. *La diversité ethno-nationale, un impensé de la justice familiale ? Analyse des rapports entre les familles à composante migratoire et les professionel.le.s dans l'exercice quotidien de la justice familiale à Bruxelles*. *Op. cit.* p. 17

biais des pratiques juridiques, et notamment le raisonnement des professionnels du droit. Cette perspective rend compte d'une multitude d'opérations, de routines, de raisonnements pratiques et d'attentes d'arrière-plan permettant la mise en œuvre d'un droit coutumier — tout en reconnaissant la difficulté inhérente à l'activité de juger, prise entre généralités et individualisations. L'acte de juger est d'autant plus difficile qu'il peut être perçu comme politique, dans la mesure où l'existence même des juridictions coutumières relève d'une volonté politique de l'État français, de reconnaître une souveraineté interne aux Kanak.

B - Changement social et souveraineté(s) en partage ?

La reconnaissance des juridictions coutumières est fondée sur la fiction d'un « pluralisme juridique équilibré », alors qu'il s'agit d'institutions de l'État, qui négocient leur autonomie au sein de ce cadre étatique et de sa pyramide des normes, cas après cas. L'articulation entre droits fondamentaux et juridictions coutumières se fait donc non seulement au cas par cas, mais ma recherche montre qu'elle se fonde de surcroit sur le présupposé d'une incompatibilité entre la coutume et les droits fondamentaux.

À ce titre, la réflexion sur les droits fondamentaux et le droit coutumier doit être poursuivie de manière décloisonnée, sans présupposer d'incompatibilités fixistes. Concernant les thématiques qui ont traversé à bas bruit mes travaux via l'articulation entre droit coutumier et droits fondamentaux — les violences familiales et plus précisément de genre et la prise en compte des minorités sexuelles par le droit —, une meilleure prise en compte des droits fondamentaux pourrait être d'une grande aide. Néanmoins, cela suppose de ne pas faire reposer sur les juridictions coutumières, un travail de nature politique.

En effet, mes travaux exposent comment les professionnels du droit prennent en main ces problématiques, ou plus précisément comment il est difficile pour eux de s'en saisir, en partie en raison du « cadre coutumier » relativement stricte mis en place par la jurisprudence. Ceci peut être dû à plusieurs facteurs. Il y aurait certainement matière à former davantage les professionnels du droit aux enjeux liés à la décolonisation du territoire calédonien, mais aussi à des données sociales le concernant — telles qu'un taux de violences intrafamiliales plus élevés en Nouvelle-Calédonie, toutes communautés et tous milieux sociaux confondus, mais avec des répartitions inégales[1]. Loin d'une explication essentialisante ou culturaliste, la surexposition

[1] CHAMPMOREAU, Isabelle et Valentine EURISOUKE. *Rapport de mise en œuvre de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination a l'égard des femmes (CEDEF)*

des femmes kanak ne résulte pas seulement de coutumes inégalitaires et patriarcales, mais certainement aussi de facteurs touchant à la pauvreté, à des ressources économiques, sociales et symboliques moindres et d'un héritage colonial qui a durablement brutalisé les relations sociales – y compris les relations interpersonnelles et sexuées[1].

Par ailleurs la priorité professionnelle donnée par certains magistrats à élever les tribunaux coutumiers au rang de « conservatoires de la coutume » les pousse à systématiquement privilégier un droit collectif (à voir son identité spécificité culturelle reconnue) plutôt que des droits fondamentaux individuels. Le cas d'étude montre les hésitations des professionnels du droit face à la question du droit à l'autodétermination d'une personne et la possibilité de le promouvoir. S'ils y parviennent finalement, c'est bel et bien de manière extrêmement limitée. Une approche intégrée des droits de l'homme[2], coopérative[3] et/ou vernacularisante[4] pourrait être envisagée.

Analyser le raisonnement juridique des professionnels du droit permet ainsi d'avoir une meilleure idée de la place du sens moral et politique dans leur conception et leur utilisation des normes[5].

> « Si le jugement repose sur une opération de qualification juridique des faits, cette opération s'inscrit non seulement dans un cadre de contraintes procédurales et légales, mais s'appuie aussi sur des mécanismes de catégorisation propres au sens commun. »[6]

---

de la Nouvelle-Calédonie. *Op. cit.* ; BODIN, Aurélien. *Les violences intrafamiliales en Nouvelle-Calédonie : regard sur l'ampleur d'un phénomène social peu signalé*. *Op. cit.* ; *Ibid.*

[1] HAMELIN, Christine et Christine SALOMON. « Parenté et violences faites aux femmes en Nouvelle-Calédonie. Un éclairage sur l'ethnicité différenciée des violences subies au sein de la famille ». *Op. cit.*

[2] BRIBOSIA, Emmanuelle et Isabelle RORIVE. « Human rights integration in action: making equality law work for trans people in Belgium » *Fragmentation and Integration in Human Rights Law*. Cheltenham Glos, Royaume-Uni : Edward Elgar Publishing, 2018, p. 111-138. ; BREMS, Eva. « Smart human rights integration » *Fragmentation and Integration in Human Rights Law*. London : Edward Elgar Publishing, 2018, p. 165-194.

[3] BAUMGÄRTEL, Moritz, Dorothea STAES, et Javier MENA PARRAS. « Hierarchy, Coordination, or Conflict ? Global Law Theories and the Question of Human Rights Integration », *European Journal of Human Rights*. 2014, vol.3. p. 326-354.

[4] CHUA, Lynette J. « The Vernacular Mobilization of Human Rights in Myanmar's Sexual Orientation and Gender Identity Movement ». *Op. cit.*

[5] DUPRET, Baudouin. *Le jugement en action*. *Op. cit.*

[6] DUPRET, Baudouin et Jean-Noël FERRIE. « Morale ou nature. Négocier la qualification de la faute dans une affaire égyptienne d'homosexualité », *Négociations*. 2004, vol.2 No. 2. p. 56.

Cette opération invite donc à interroger les normativités qui cadrent le raisonnement juridique, et la façon dont les professionnels du droit s'en saisissent et les appliquent. Une meilleure compréhension de ces mécanismes facilite en retour la conception du droit comme un « processus de création normative continu »[1], à mettre à profit pour promouvoir concrètement des formules plus égalitaires. En effet, bien que mes recherches ne portent pas sur les violences de genre, force est de constater qu'elle émaille nécessairement les observations d'audiences des tribunaux coutumiers. Il serait utile de procéder à des examens plus détaillés de la question des violences conjugales et de leur traitement au sein des chambres coutumières. Par exemple, un nouveau texte de loi du pays, adopté au début de l'année 2022 pour lutter contre les violences conjugales, a été élaboré par le Congrès calédonien, associé au Sénat coutumier. Les violences conjugales ont été déclarées « grande cause » du quinquennat du gouvernement calédonien (2019-2024)[2]. Ce texte réactualise et précise les contours de l'ordonnance de protection dans le cadre du droit coutumier — mesure qui existe depuis 2010, mais pas applicable en l'état aux personnes de statut coutumier[3]. Une recherche approfondie concernant la mise en œuvre de ce dispositif se révèle indispensable, dès lors que de nombreux travaux, dont les miens, montrent que les violences ne peuvent pas être considérées de façon isolée, puisqu'elles sont étroitement associées aux questions d'égalité de genre, et de parentalité, dans l'espace familial[4]. Il s'ensuit que l'éclairage porté par les pratiques de juges du « quotidien » et de l'« intime »[5] sur l'intégration des droits fondamentaux dans le droit coutumier calédonien (ou non), doit continuer à contribuer à la réflexion théorique développée au cours des dernières années sur les rapports entre droit, justice et genre.

---

[1] LASCOUMES, Pierre. « Normes juridiques et mise en œuvre des politiques publiques », *L'Année sociologique*. 1990, vol.40 No. 3. p. 45.

[2] Décideurs politiques, coutumiers et acteurs institutionnels de la Nouvelle-Calédonie ont signé une charte d'engagement lors de la restitution des travaux du Grenelle sur les violences conjugales le 23 novembre 2019 à l'Université de Nouvelle-Calédonie. La charte qui décline plusieurs mesures fortes comme la mise en place du Téléphone Grave Danger, des foyers d'accueils pour les victimes ou encore la saisie des armes de feu des conjoints violents. Voir SANTA, Thierry et Isabelle CHAMPMOREAU. « Grande cause territoriale | Violences conjugales, sexistes et sexuelles ». *Op. cit.* ; PREVOST, Laurent. « Charte d'engagement ». *Op. cit.*

[3] GALLO, Jean-Frédéric. « Violences conjugales ». *Op. cit.* ; FAATAU, Jean-Tenahe. « Nouvelle-Calédonie ». *Op. cit.*

[4] BODIN, Aurélien. *Les violences intrafamiliales en Nouvelle-Calédonie : regard sur l'ampleur d'un phénomène social peu signalé*. *Op. cit.*

[5] WYVEKENS, Anne et Barbara TRUFFIN. *Justice, famille et convictions : un silence religieux ?* Défenseur des Droits, 2021. p. 85.

Table des figures

Références juridiques

Législation

Traités internationaux

Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies 61/295 portant Déclaration des droits des peuples autochtones, A/RES/61/295, 13 septembre 2007.

Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (convention d'Istanbul), *Série des Traités du Conseil de l'Europe,* n° 210, 2011

Bloc de constitutionnalité et lois

Loi, n° 89-378, du 13 juin 1989 portant diverses dispositions relatives à l'organisation judiciaire en Nouvelle-Calédonie, JORF n° 0138 du 15 juin 1989, p. 7442

Accord sur la Nouvelle-Calédonie signé à Nouméa le 5 mai 1998 (Accord de Nouméa), *JORF* n° 121 du 27 mai 1998, p. 8039

Loi n° 99-209 du 19 mars 1999 organique relative à la Nouvelle-Calédonie, *JORF* n° 0068 du 21 mars 1999, p. 4197

Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, JORF du 5 mars 2002, p. 4161.

Loi organique n° 2003-153 du 26 février 2003 relative aux juges de proximité, JORF n° 0049 du 27 février 2003, p. 3479

Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants, Journal officiel n° 158 du 10 juillet 2010, p. 12762

Loi n° 2014-476 du 14 mai 2014 autorisant la ratification de la convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre les violences à l'égard des femmes et la violence domestique, JORF n°0112 du 15 mai 2014

Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle (J21), Dispositions relatives à l'état civil (Articles 51 à 57), JORF, n° 0269, 19 novembre 2016

Lois du pays

Loi du pays n° 2006-15 du 15 janvier 2007 relative aux actes coutumiers. JONC du 30 janvier 2007 p. 647

Loi du pays n° 2010-9 du 27 juillet 2010 relative à la protection, à la promotion et au soutien de l'emploi local, JONC, 12 août 2010, p. 6934

Loi du pays n° 2018-4 du 28 mai 2018 relative aux successions des biens appartenant aux personnes de statut civil coutumier kanak, JONC du 5 juin 2018, p.7131

Ordonnances

Ordonnance n° 82-877 du 15 octobre 1982 instituant des assesseurs coutumiers dans le territoire de la Nouvelle-Calédonie au tribunal civil de première instance et à la cour d'appel. JORF n° 0243 du 17 octobre 1982, p. 3106

Décret

Décret n° 2017-683 du 28 avril 2017 tirant les conséquences de la suppression des juridictions de proximité et des juges de proximité, *JORF* n°0102 du 30 avril 2017

Décret n° 2015-148 du 10 février 2015 portant publication de la convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (ensemble une annexe), signée à Istanbul le 11 mai 2011, *JORF* n°0036 du 12 février 2015

Arrêtés

Arrêté n° 147 du 24 décembre 1867 déclarant (…) l'existence légale de la tribu indigène dans l'organisation coloniale de la Nouvelle-Calédonie, BONC, 1867, pp. 350-357

Arrêté du 22 janvier 1868 relatif à la constitution de la propriété territoriale indigène, BONC, 1868, p. 17-21

Arrêté n° 631 du 21 juin 1934, portant création d'un état civil des indigènes, JONC, 15 juillet 1934, pp. 299-301

Arrêté n° 1195 du 28 août 1954 modifiant l'arrêté n° 631 du 21 juin 1934 portant création d'un état civil des indigènes, JONC, 13 septembre 1954, p. 453

Arrêté n° 1913 du 20 décembre 1955 modifiant l'arrêté 631 du 21 juin 1934 portant création d'un état civil des indigènes, JONC, 26 décembre 1955, p. 691

Délibérations

Délibération n° 189 du 19 novembre 1964, JONC, 21 décembre 1964 p. 1060

Délibération n° 314/CP du 18 mai 1994 portant réforme de la procédure civile relative au droit des personnes, au droit de la famille, aux droits de l'enfant, et à diverses dispositions, JONC, 14 juin 1994, p. 1935

Délibération n° 339 du 13 décembre 2007, JONC du 25 décembre 2007, p. 8584.

Jurisprudences

Cour européenne des droits de l’homme

Cour européenne des droits de l’homme, *Botella c. France,* Requête n° 13343/87, 25 mars 1992, JCP 1992, 415-419

Cour européenne des droits de l’homme (section II), Arrêt, *Py c. France*, Requête nº 66289/01, 11 janvier 2005

Cour européenne des droits de l’homme, *A. P., Nicot et Garçon c. France*, Requête n° 79885/12, 52471/13 et 52596/13, 6 avril 2017

Conseil constitutionnel

Conseil constitutionnel, Décision 88-14 REF, 9 novembre 1988, Proclamation des résultats du référendum du 6 novembre 1988, Journal officiel du 10 novembre 1988, p. 14123

Conseil constitutionnel, DC, 15 mars 1999, n° 99-410, *Journal officiel*, 21 mars 1999, p. 4234

Cour de cassation

Cour de Cassation, 1ère chambre civile, 16 décembre 1975, n° 73-10.615, *Bull*. 1975, I, n° 374

Cour de cassation, 2e chambre civile, 6 février 1991, Recueil Dalloz Sirey, p. 93

Cour de cassation, 1ère chambre civile, 13 octobre 1992, arrêt 1209 P, J.C.P. 1992, IV, n° 3046.

Cour de cassation, assemblée plénière., 11 décembre 1992, pourvoi n°91-11900 (arrêt 1), *Bull. civ.*, 1992, A.P. n° 13, p. 27.

Cour de Cassation, Assemblée plénière, 11 décembre 1992, n°91-12.373 (arrêt 2), *Bull. civ.*, 1992, A.P. n° 13, p. 27.

Cour de cassation, avis n° 005 0011 du 16 décembre 2005, *Bulletin* 2005 avis No. 9 p. 13

Cour de cassation, chambre criminelle, 30 juin 2009, pourvoi n° 08-85954, *Bulletin criminel* 2009, n° 139

Cour de cassation, Première chambre civile, 1er déc. 2010, n° 08-20843, *Bull. civ.* 2010, I, n° 251

Cour de cassation, 1ère chambre civile, Arrêt n°10-26.947, 7 juin 2012, *Bulletin* 2012, I, n° 123

Cour de Cassation, 1ère chambre civil, 26 juin 2013, n° 12-30.154

Cours d'appel

Cour d'appel de Nouméa, 19 septembre 1933, *Rec. Penant*, 1934,1, p. 86

Cour d'appel de Nouméa, 23 novembre 1987, RG 167/87

Cour d'appel de Nouméa, 27 août 1990, RG 90/1167

Cour d'appel de Nouméa 19 avril 1993, RG 43-92

Cour d'appel de Nouméa 15 janvier 1998, RG 401-97

Cour d'appel de Nouméa 15 novembre 1999, RG 84-99

Cour d'appel de Nouméa 20 avril 2000 RG 211-99

Cour d'appel de Nouméa, 23 novembre 2000, RG 352-99

Cour d'appel de Nouméa, 17 septembre 2001, RG 333-2001

Cour d'appel de Nouméa, 27 septembre 2007, RG 06/134

Cour d'appel de Nouméa, 17 juin 2010, n° 08/681

Cour d'appel de Nouméa, 21 février 2011, n°11/149

Cour d'appel de Nouméa, 28 avril 2011, RG 10/00054

Cour d'appel de Nouméa, 21 juillet 2011, n°11/214

Cour d'appel de Nouméa, 29 septembre 2011, RG n 2011/46

Cour d'appel de Nouméa, 19 avril 2012, RG 2011-383 et RG 2011-384

Cour d'appel de Nouméa, 11 octobre 2012, n°11/531

Cour d'appel de Nouméa, 11 mars 2013, RG 12/213, 12/211, 12/212

Cour d'appel de Nouméa, 23 avril 2013, RG 12/82

Cour d'appel de Nouméa, 15 janvier 2013, RG 12/00136

Cour d'appel de Nouméa, 24 avril 2013, RG 12/80, 12/81

Cour d'appel de Nouméa, 9 septembre 2013, n°12/59

Cour d'appel de Nouméa, 22 mai 2014, n° de RG 12/00101

Cour d'appel de Nouméa, 30 octobre 2014, RG 13/225

Cour d'appel de Nouméa, 26 mars 2015, RG 14-45

Cour d'appel de Nouméa, 1er octobre 2015, RG 14/00240

Tribunaux de première instance

TPI Nouméa, section détachée de Koné, 4 avril 1990, RG 7/90

TPI de Nouméa, 17 mai 1999, RG-97-1190

TPI de Nouméa, 28 juin 1999, RG 97001190 MT

TPI de Nouméa, Section détachée de Koné, 5 avril 2005, 33/05

TPI de Nouméa, 16 août 2010, RG 10-789

TPI de Nouméa, 21 février 2011, RG 9-451

TPI Nouméa, 19 septembre 2011, RG 09/1618

TPI Nouméa, 12 décembre 2011, RG 10/1530

TPI de Nouméa 5 février 2013, RG 12-171

TPI de Nouméa, Section détachée de Koné, 26 mai 2014, RG 14/69

TPI Nouméa, 1er décembre 2014, RG 14/95

TPI de Nouméa, section détachée de Koné, 12 juin 2015, RG 15/00050

TPI Nouméa, 9 janvier 2015, RG 15/1

TPI de Nouméa 9 janvier 2015, RG 14-312

TPI de Nouméa, Section détachée de Koné, 12 juin 2015, RG 15/182

TPI de Nouméa, 5 décembre 2017, RG 17/00134

Références bibliographiques

Ouvrages et articles scientifiques

AGNIEL, Guy. « Statut coutumier kanak et juridiction de droit commun en Nouvelle-Calédonie », *Revue ASPECTS*. 2008 nº 3. p. 81-96.

AKRICH, Madeleine, Michel CALLON, et Bruno LATOUR. *Sociologie de la traduction. Textes fondateurs*. Paris. Presses de l'École des Mines de Paris. 2006. (Sciences sociales).

AL-AMER, Munira. *L'égalité entre époux: étude comparative: Droits français, qatarien, saoudien et tunisien*, Thèse de doctorat en droit privé. Strasbourg. Université de Strasbourg. 2019.

ALESSANDRIN, Arnaud. « L'expérience du genre : ce que nous apprennent les transidentités » *Sexe et Genre : de la biologie à la sociologie*. Paris. Éditions Matériologiques. 2019, p. 149-157. (Sciences & philosophie).

AMMATURO, Francesca Romana. « Le sujet juridique homosexuel et transgenre dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme. Choix linguistiques et création des identités », *Genre, sexualité & société*. 1 juin 2016 nº 15. En ligne : http://journals.openedition.org/gss/3727 [consulté le 16 août 2019].

ANDERS, Gerhard. « Law at its limits: interdisciplinarity between law and anthropology », *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*. 2015, vol.47 nº 3. p. 411-422.

ANGLEVIEL, Frédéric (éd.). *Rivalités coloniales et missionnaires en Océanie: 1688-1902*. Paris. Karthala. 2008.

ARTEAGA BÖHRT, Ana Cecilia. « Justicia y derechos de género en Oruro, Bolivia », *Cahiers des Amériques latines*. 29 décembre 2020, vol.1 nº 94. p. 111-134.

ASSIER-ANDRIEU, Louis. *Le droit dans les sociétés humaines*. Paris. Nathan. 1996. (Essais et recherches Série sciences sociales).

ASSIER-ANDRIEU, Louis. « Penser le temps culturel du droit. Le destin anthropologique du concept de coutume », *L'Homme*. 2001 nº 160. p. 67-90.

ASSIER-ANDRIEU, Louis. « Le crépuscule des cultures. L'affaire Pitcairn et l'idéologie des droits humains », *Droit et Société*. 2012 nº 82. p. 763-787.

ASSIER-ANDRIEU, Louis. « L'idée de coutume » *Chroniques du juste et du bon*. Paris. Presses de Sciences Po. 2020, p. 45-75. (Académique).

BANARE, Eddy. « Images et textes d'Ataï (1969-2016) : l'élaboration de discours politiques kanak », *Journal de la Société des Océanistes*. 15 décembre 2018 nº 2. p. 515-528.

BARBANÇON, Louis-José. « Des accords de Matignon à l'accord de Nouméa 1988-1998 », *Ethnies : droits de l'homme et peuples autochtones : revue trimestrielle de Survival International (France)*. 1 janvier 2015, vol.21, n° 37-38. p. 46-59.

BARBANÇON, Louis-José. *Le pays du non-dit*. Réédition. Nouméa, Nouvelle-Calédonie. Éditions Humanis. 2019. (Archipels).

BARKER, Joanne (ed.). *Critically sovereign: indigenous gender, sexuality, and feminist studies*. Durham ; Londres. Duke University Press. 2017.

BARTHE, Yannick, Damien de BLIC, Jean-Philippe HEURTIN, et al. « Sociologie pragmatique : mode d'emploi », *Politix*. 2013, vol.103 n° 3. p. 175-204.

BARTHELEMY, Michel et Louis QUERE. « Introduction. L'argument ethnométhodologique » *Recherches en ethnométhodologie*. Paris. Presses Universitaires de France. 2020, p. 9-44. (Quadrige).

BASTARD, Benoit. *Les démarieurs: enquête sur les nouvelles pratiques du divorce*. Paris. La découverte. 2002.

BAUMGÄRTEL, Moritz, Dorothea STAES, et Javier MENA PARRAS. « Hierarchy, Coordination, or Conflict ? Global Law Theories and the Question of Human Rights Integration », *European Journal of Human Rights*. 2014, vol.3. p. 326-354.

BEAUBATIE, Emmanuel. « L'espace social du genre. Diversité des registres d'action et d'identification dans la population trans' en France », *Sociologie*. 17 décembre 2019, Vol. 10 n° 4. p. 395-414.

BEAUBATIE, Emmanuel. « Changer de sexe et de sexualité », *Revue française de sociologie*. 2019, Vol. 60 n° 4. p. 621-649.

BEAUBATIE, Emmanuel. « La multiplicité du genre », *La Vie des idées*. 6 mars 2020 .

BEAUBATIE, Emmanuel. *Transfuges de sexe. Passer les frontières du genre*. Paris. La Découverte. 2021. (Sciences humaines).

BEAUD, Stéphane. « L'usage de l'entretien en sciences sociales. Plaidoyer pour l'«entretien ethnographique» », *Politix. Revue des sciences sociales du politique*. 1996, vol.9 n° 35. p. 226-257.

DE BECHILLON, Denys. « Sur la conception française de la hiérarchie des normes. Anatomie d'une représentation », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*. 1994, vol.32 n° 1. p. 81-127.

BELIARD, Aude et Jean-Sébastien EIDELIMAN. « Au-delà de la déontologie. Anonymat et confidentialité dans le travail ethnographique » *Les politiques de l'enquête*. Paris. La Découverte. 2008, p. 123-141. (Recherches).

BELLIER, Irène et Patrick KULESZA. « Estimation des peuples autochtones dans le monde » *Peuples autochtones dans le monde. Les enjeux de la reconnaissance*. Paris. L'Harmattan. 2013, p. 335-350. (Horizons autochtones).

BELLIER, Irène. « La reconnaissance des peuples autochtones comme sujets du droit international. Enjeux contemporains de l'anthropologie politique en dialogue avec le droit. », *Clio@Thémis. Revue électronique d'histoire du droit*. février 2019, vol.15. p. 1-24. (Droit et anthropologie (1). Archéologie d'un savoir et enjeux contemporains).

BENNETT, T. W. et T. VERMEULEN. « Codification of Customary Law », *Journal of African Law*. 1980, vol.24 nº 2. p. 206-219. JSTOR.

BENNETT, Tom W. *Human rights and African customary law under the South African Constitution*. Cape Town, Afrique du Sud. Juta. 1995.

BENNETT, Thomas William. *Customary Law in South Africa*. Cape Town, Afrique du Sud. Juta. 2004. vol.212.

BENS, Jonas. « The courtroom as an affective arrangement: analysing atmospheres in courtroom ethnography », *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*. Septembre 2018, vol.50 nº 3. p. 336-355.

BENSA, Alban. « Colonialisme, racisme et ethnologie en Nouvelle-Calédonie », *Ethnologie française*. 1988, vol.18 nº 2. p. 188-197.

BENSA, Alban. « Terre kanak : enjeu politique d'hier et d'aujourd'hui. Esquisse d'un modèle comparatif », *Études rurales*. 1992, vol.127 nº 1. p. 107-131.

BENSA, Alban. *Chroniques kanak: l'ethnologie en marche*. Paris. Ethnies Documents. 1995. (Peuples autochtones et développement).

BENSA, Alban. « Le chef kanak. Les modèles et l'histoire » *En pays kanak*. Paris. Edition de la Maison des sciences de l'homme. 2000, p. 9-48. (Ethnologie de la France).

BENSA, Alban. *Histoire d'une chefferie kanak (1740-1878): le pays de Koohnê, Nouvelle-Calédonie. Récits paicî*. Paris. Karthala. 2005.

BENSA, Alban et Didier FASSIN. *Les politiques de l'enquête*. Paris. La Découverte. 2008. (Recherches).

BENSA, Alban et Éric FASSIN. « Les sciences sociales face à l'événement », *Terrain*. 1 mars 2002 nº 38. p. 5-20.

BENSA, Alban et Antoine GOROMIDO. « Contraintes par corps: ordre politique et violence dans les sociétés kanak d'autrefois » *Le corps humain. Conçu, Supplicié, possédé, cannibalisé*. Paris. CNRS Editions. 2009, p. 546-575. (Anthropologie).

BENSA, Alban et Jean-Claude RIVIERRE. *Les chemins de l'alliance : l'organisation sociale et ses représentations en Nouvelle-Calédonie, région de Touho, aire linguistique cèmuhî*. Paris. SELAF. 1982. (Langues et Culture du Pacifique ; n˚ 1].

BENSA, Alban et Jean-Claude RIVIERRE (éd.). *Le Pacifique, un monde épars: introduction interdisciplinaire à l'étude de l'Océanie*. Paris, France. L'Harmattan. 1998.

BENSA, Alban et Christine SALOMON. « Instrumentalisation et malentendus. Les kanaks face à l'appareil judiciaire français de Nouvelle-Calédonie », *Archives de politique criminelle*. 2007, vol.1 nº 29. p. 171-182.

BERTIN, Marion. « Archives délaissées, archives retrouvées, archives explorées : les fonds calédoniens pour l'étude du patrimoine kanak dispersé », *Les Cahiers de l'École du Louvre. Recherches en histoire de l'art, histoire des civilisations, archéologie, anthropologie et muséologie*. 5 novembre 2019 nº 14.

BESSIERE, Céline, Emilie BILAND, Benoît COQUARD, et al. *Au tribunal des couples. Enquête sur des affaires familiales*. Paris. Odile Jacob. 2013.

BESSIERE, Céline, Muriel MILLE, et Gabrielle SCHÜTZ. « Les avocat·es en droit de la famille face à leur clientèle. Variations sociales dans la normalisation de la vie privée », *Sociologie du travail*. Septembre 2020, vol.62 nº 3.

BHANDAR, Brenna. « Status as Property: Identity, Land and the Dispossession of First Nations Women in Canada », *Darkmatter Journal*. 2016, vol.14.

BIDAUD-GARON, Christine. « Éclairage jurisprudentiel - Commentaire de décision, Tribunal de première instance de Nouméa, section détachée de Koné, 12 Juin 2015, n° 15/00050 - Changement de sexe et de prénoms d'une personne de statut civil coutumier », *Veille et Eclairage Juridique*. 2016. p. 9-13. (Working papers).

BIDAUD-GARON, Christine. « L'état civil coutumier » *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*. Ministère de la Justice. Nouméa et Lyon. GIP - Mission de recherche Droit et Justice. 2016, p. 373-408.

BIDAUD-GARON, Christine. « Aperçu critique de la nouvelle loi du pays du 28 mai 2018 relative aux successions des biens appartenant aux personnes de statut civil coutumier kanak », *Cahier du LARJE*. 2018 nº 6. p. 6-15.

BIDAUD-GARON, Christine. « L'état civil coutumier ». *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*. Nouméa. Presses Universitaires de Nouvelle-Calédonie. 2018, p. 376-403. (LARJE – Laboratoire de recherches juridique et économique).

BIDAUD-GARON, Christine. « Legal Pluralism and Diversity of Interpretation of Fundamental Rights (Common Law, Customary Law, Reservation Related to Indigenous Rights): The Example of New Caledonia New Caledonia », *International Survey of Family Law*. 2019. p. 219-224.

BIDAUD (-GARON), Christine. *L'identité et le droit: perspectives Calédoniennes, nationales et internationales*. Nouméa. Presses Universitaires de Nouvelle-Calédonie. 2020. (Collection LARJE – Laboratoire de Recherches Juridique et Économique).

BILAND, Émilie, Sibylle GOLLAC, Hélène OEHMICHEN, et al. « La classe, le genre, le territoire : les inégalités procédurales dans la justice familiale », *Droit et société*. 2020, vol.3 nº 106. p. 547-566.

BLAIS, Mireille et Stéphane MARTINEAU. « L'analyse inductive générale : description d'une démarche visant à donner un sens à des données brutes », *Recherches qualitatives*. 2006, vol.26 nº 2. p. 1-18.

BLANCHY, Sophie. « Les familles face au nouveau droit local à Mayotte. Continuité, adaptation et redéfinition des pratiques », *Ethnologie française*. 2018, vol.169 nº 1. p. 47-56.

BLONDET, Marieke. « Le genre de l'anthropologie. Faire du terrain au féminin » *Les politiques de l'enquête*. Paris. La Découverte. 2008, p. 59-80. (Recherches).

BLUNDO, Giorgio. « Décrire le caché. Autour du cas de la corruption » in Jean-Pierre OLIVIER DE SARDAN (éd.). *Pratiques de la description*. Paris. Éditions de l'École des hautes études en sciences sociales. 2020, p. 75-111. (Enquête).

BOLTANSKI, Luc et Ève CHIAPELLO. *Le nouvel esprit du capitalisme*. Paris. Gallimard. 1999. (NRF essais).

BOLTANSKI, Luc et Laurent THEVENOT. *De la justification. Les économies de la grandeur*. Paris. Gallimard. 1991. (NRF essais).

BOUARD, Séverine, Jean-Michel SOURISSEAU, Vincent GERONIMI, et al. *La Nouvelle-Calédonie face à son destin: Quel bilan à la veille de la consultation sur la pleine souveraineté ?* Paris. Karthala. 2016. (Hommes et sociétés).

BOUDJELTI, Taklith. « Le soi et le droit: Du changement d'état civil à la renaissance légale », *Terrain*. 18 octobre 2016 nº 66. p. 126-141.

BOUDOU, Bénédicte. « Traduttore, traditore. Henri Estienne et la trahison philologique », *Réforme, Humanisme, Renaissance*. 2006, vol.63 nº 1. p. 39-57.

BOUQUET-ELKAÏM, Jérôme. « Comment s'est écrite la Charte du peuple kanak? » in Ghislain OTIS (éd.). *La rencontre des systèmes juridiques autochtones et étatiques : confrontation ou coopération ? The Intersection of Indigenous Laws and State Law: Confrontation or Cooperation ?* Laval. Les Presses de l'Université Laval. 2019, p. 419-444.

BREMS, Eva. « Smart human rights integration » *Fragmentation and Integration in Human Rights Law*. London. Edward Elgar Publishing. 2018, p. 165-194.

BRETTEVILLE, Dominique. « "L'os et le souffle" Protocole et valeurs ultimes chez les Paimboas » in Alban BENSA et Isabelle LEBLIC (éd.). *En pays kanak : Ethnologie, linguistique, archéologie, histoire de la Nouvelle-Calédonie*. Paris. Éditions de la Maison des sciences de l'homme. 2015, p. 101-127. (Ethnologie de la France).

BRETTEVILLE, Dominik. « « Je ne sais pas ce que c'est, la coutume » : la coutume kanak par-delà tradition et modernité », *Journal de la société des océanistes*. Décembre 2018 nº 2. p. 473-486.

BRIBOSIA, Emmanuelle et Isabelle RORIVE. « Human rights integration in action: making equality law work for trans people in Belgium » *Fragmentation and Integration in Human Rights Law*. Cheltenham Glos, Royaume-Uni. Edward Elgar Publishing. 2018, p. 111-138.

BROWN, Elizabeth, Alice DEBAUCHE, et Magali MAZUY. *Virage, une enquête innovante pour caractériser les violences de genre*. Paris. INED Éditions. 2021.

BRUGGEMAN, Maryline et Guy RAYMOND. « Assistance éducative », *Répertoire de droit civil*. 2020. p. 1-35.

BUTLER, Judith P. *Défaire le genre*. traduit par Maxime CERVULLE. Paris. Editions Amsterdam. 2006.

CALLON, Michel. « La sociologie peut-elle enrichir l'analyse économique des externalités ? Essai sur la notion de cadrage-débordement » *Innovations et performances*. Paris. Éditions de l'EHESS. 1999, p. 399-431.

CARDI, Coline et Anne-Marie DEVREUX. « Le genre et le droit : une coproduction », *Cahiers du Genre*. 2014, vol. 2 No. 57. p. 5-18.

CASTILLO, R. Aída Hernández. *Multiple InJustices: Indigenous Women, Law, and Political Struggle in Latin America*. Tucson. University of Arizona Press. 2016.

CASU, Gatien. « Les pensions alimentaires » *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*. Nouméa. Presses Universitaires de Nouvelle-Calédonie. 2018, p. 97-103. (LARJE – Laboratoire de recherches juridique et économique).

CATTO, Marie-Xavière. « Changer de sexe à l'état civil depuis la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*. 25 octobre 2019 nº 9. p. 107-129.

CHABROL, Fanny. « Enquêter en milieu convoité. Les terrains surinvestis de l'anthropologie » *Les politiques de l'enquête*. Paris. La Découverte. 2008, p. 229-244. (Recherches). Cairn.info.

CHAPPELL, David A. « The Noumea Accord: Decolonization without Independence in New Caledonia? », *Pacific Affairs*. 1999. p. 373-391.

CHAPPELL, David A. *The Kanak awakening: The rise of nationalism in New Caledonia*. Honolulu. Center for Pacific Islands Studies and University of Hawai'i Press. 2013. (Pacific Islands Monograph Series ; n˚ 27).

CHENG, Sealing. « The Paradox of Vernacularization: Women's Human Rights and the Gendering of Nationhood », *Anthropological Quarterly*. 2011, vol.84 nº 2. p. 475-505.

CHEVALLIER, Jacques. « Qu'est-ce qu'un "bon juriste" ? » in M. VOGLIOTTI (éd.). *Pour une nouvelle éducation juridique*. Paris. L'Hamattan. 2018, p. 55-64.

CHUA, Lynette J. « Human Rights Activism, Sexuality, and Gender » in Marie-Claire FOBLETS, Mark GOODALE, Maria SAPIGNOLI, et al. (eds.). *The Oxford Handbook of Law and Anthropology*. Oxford. Oxford University Press. 2021.

CHUA, Lynette J. « The Vernacular Mobilization of Human Rights in Myanmar's Sexual Orientation and Gender Identity Movement: Vernacular Mobilization of Human Rights », *Law & Society Review*. Juin 2015, vol.49 nº 2. p. 299-332.

CLAVERIE, Elisabeth. *Les guerres de la Vierge. Une anthropologie des apparitions*. Paris. Gallimard. 2003. (NRF essais).

CLAVERO, Bartolomé. « Derechos Indígenas y Constituciones Latinoamericanas » *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Bilbao. Publicaciones de la Universidad de Deusto. 2006, p. 313-338.

CLIFFORD, James. « On ethnographic authority », *Representations*. 1983 nº 2. p. 118-146.

CLINCHAMPS, Nicolas. « Distorsions et corps électoraux en Nouvelle-Calédonie », *Pouvoirs*. 22 décembre 2008, vol.127 nº 4. p. 151-165.

CLOUD, Leslie, Veronica GONZALEZ, et Laurent LACROIX. « Catégories, nominations et droits liés à l'autochtonie en Amérique latine. Variations historiques et enjeux actuels » *Peuples autochtones dans le monde. Les enjeux de la reconnaissance*. Paris. L'Hamattan. 2013, p. 41-74. (Collection « Horizons autochtones »).

COBURN, Elaine. « Défaire et refaire le sexe, le genre, la sexualité. Le sujet intersexe, trans et queer », *Socio. La nouvelle revue des sciences sociales*. 20 décembre 2017 nº 9. p. 9-31.

COINTAT, Christian et Bernard FRIMAT. *Nouvelle-Calédonie : le pari du destin commun*. Rapport 593. Sénat français. 2011. (Fait au nom de la commission des lois).

COLEMANS, Julie. *L'ordinaire du contentieux administratif : Analyse du processus décisionnel au Conseil d'État belge francophone,* Doctorat en Sciences Politiques et Sociales. Liège. Université de Liège. 2014.

COLEMANS, Julie « Ce que les émotions font faire aux professionnels du droit: Jalons pour une approche praxéologique des expressions émotionnelles dans la sphère judiciaire », *Social Science Information*. 2015, vol.54 nº 4. p. 525-542.

COLEMANS, Julie et Baudouin DUPRET. « Présentation du dossier thématique « Droit, justice et catégorisations » », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*. 21 décembre 2021, vol.86 nº 2. p. 123-149.

COLEMANS, Julie et Baudouin DUPRET. *Ethnographies du raisonnement juridique*. Paris. LGDJ. 2018.

COMMAILLE, Jacques et Stéphanie LACOUR. « Les *Legal Consciousness Studies* comme laboratoire d'un régime renouvelé de connaissance sur le droit. Présentation du dossier », *Droit et société*. 13 décembre 2018, vol.100 nº 3. p. 547-558.

COQUARD, Benoît, Aurélie FILLOD-CHABAUD, Muriel MILLE, et al. « Des familles au tribunal », *Mouvements*. 18 mai 2015, n° 82 nº 2. p. 58-65.

COQUELET. « Appréhender l'altérité kanake par le droit: le concept de coutume en question » in Eddy WADRAWANE et Frédéric ANGLEVIEL (eds.). *La Nouvelle-Calédonie: Les Kanaks et l'histoire*. Paris. Les Indes Savantes. 2008, p. 231-253. (Annales d'histoires calédoniennes ; n˚ 2].

CORNET, Claude. *La grande révolte 1878: comptes-rendus officiels, extraits de presse, lettres et documents inédits*. Nouméa. Editions de la Boudeuse. 2000.

CORNU, Gérard. *Vocabulaire juridique: Association Henri Capitant*. Paris. Presses Universitaires de France. 2022.

CORNU, Gérard. *Linguistique juridique*. Paris. LGDJ. 2005. (Précis Domat).

CORNUT, Étienne. « La juridicité de la coutume kanak », *Droit et Cultures*. 2010, vol.2 n° 60. p. 151-175.

CORNUT, Étienne. « L'application de la coutume kanak par le juge judiciaire à l'épreuve des droits de l'homme » *Le droit constitutionnel calédonien*. Bruxelles. Politeia. 2011, p. 241-261. ; n° 20).

CORNUT, Étienne. « La non-codification de la coutume kanak » *L'intégration de la coutume dans l'élaboration de la norme environnementale*. Bruxelles. Bruylant. 2012, p. 137-157.

CORNUT, Étienne. « L'accession au statut civil coutumier kanak par voie de possession d'état coutumier », *La Semaine Juridique*. 2013 n° 39. p. 1735-1737.

CORNUT, Étienne. « Les conflits de normes internes en Nouvelle-Calédonie . Perspectives et enjeux du pluralisme juridique calédonien ouverts par le transfert de la compétence normative du droit civil », *Journal du droit international (Clunet)*. 2014 n° 1.

CORNUT, Étienne. « Un contentieux coutumier émergent : les intérêts civils » *La coutume Kanak dans le pluralisme juridique calédonien*. Nouméa. Presses Universitaires de Nouvelle-Calédonie. 2018, p. 144-189.

CORNUT, Étienne et Pascale DEUMIER. *La coutume Kanak dans le pluralisme juridique calédonien*. Nouméa. Presses Universitaires de Nouvelle-Calédonie. 2018. (LARJE – Laboratoire de recherches juridique et économique).

CORRADI, Giselle. « Indigenous Justice and the Right to a Fair Trial » in Giselle CORRADI, Eva BREMS et Mark GOODALE (eds.). *Human Rights encounter legal pluralism : normative and empirical approaches*. Oxford. Hart Publishing. 2017, p. 97-116. (Oñati International Series in Law and Society).

COTTERRELL, Roger. « Why Must Legal Ideas Be Interpreted Sociologically? », *Journal of Law and Society*. 1998, vol.25 n° 2. p. 171-192.

COULMONT, Baptiste. *Sociologie des prénoms*. Paris. La Découverte. 2022.

COULMONT, Baptiste. « Le petit peuple des sociologues. Anonymes et pseudonymes dans la sociologie française », *Genèses*. 27 juin 2017, vol.107 n° 2. p. 153-175.

COULON, Alain. *L'ethnométhodologie*. Paris. Presses Universitaires de France. 2014. (Que sais-je ?).

COURDURIES, Jérôme. « Les juges et les trans. Vers une approche relationnelle du genre dans les tribunaux français » *État civil et transidentité. Anatomie d'une relation singulière*. Aix-Marseille Université. Presses universitaires de Provence. 2021, p. 131-162. (Penser le genre).

COURDURIES, Jérôme. « Re-naître à l'autre sexe. Changement de prénom et de sexe à l'état civil » in Agnès FINE (éd.). *États civils en question. Nom, papiers et sentiment de soi*. Paris. Editions du CTHS. 2008, p. 225-242.

CREUTZFELDT, Naomi, Marc MASON, et Kirsten MCCONNACHIE. *Routledge Handbook of Socio-Legal Theory and Methods*. Abingdon. Routledge Handbooks. 2019.

CUSTOS, Dominique. « New Caledonia, a case of shared sovereignty within the French Republic: appearance or reality », *Eur. Pub. L.* 2007, vol.13. p. 97.

DALMAZIR, Pauline et Pascale DEUMIER. « Le contentieux préalable du changement de statut » *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*. Nouméa. Presses Universitaires de Nouvelle-Calédonie. 2018, p. 26-41. (LARJE – Laboratoire de recherches juridique et économique).

DAUPHINE, Joël. *Les spoliations foncières en Nouvelle-Calédonie (1853-1913)*. Paris. Editions L'Harmattan. 1989.

DAURIAC, Isabelle. « La différenciation des personnes par l'état civil : expérience calédonienne », *Recueil Dalloz*. 2013. p. 2092.

DAVID, Carine. « Institutionnalisation de la coutume et processus législatif - Etude comparée dans le Pacifique Sud ». *Communication de colloque. L'élaboration du socle commun et l'évolution des autorités et institutions coutumières*. Nouméa, Nouvelle-Calédonie. 2012.

DAVID, Carine. « Réflexions sur l'intégration de la coutume autochtone dans l'élaboration de la norme à partir du cas de la Nouvelle-Calédonie » *L'intégration de la coutume dans l'élaboration de la norme environnementale. Eléments d'ici et d'ailleurs*. Bruxelles. Bruylant. 2012, p. 197-213.

DAVID, Carine. « Le Sénat coutumier de Nouvelle-Calédonie, une institution en mutation? » *Cultures, sociétés et environnement à Vanuatu et dans le Pacifique*. Vanuatu; Nouvelle-Calédonie. Pacific Dialogues. 2013, p. 159-174.

DAVID, Carine, Jean-Michel SOURISSEAU, Samuel GOROHOUNA, et al. « De Matignon à la consultation sur l'indépendance. Une trajectoire politique et institutionnelle originale » in Séverine BOUARD, Jean-Michel SOURISSEAU, Vincent GERONIMI, et al. (éd.). *La Nouvelle-Calédonie face à son destin. Quel bilan a la veille de la consultation sur la pleine souveraineté ?* Paris. Karthala. 2016, p. 23-67.

DAVID, Marion et Nicolas RAFIN. *Sanctionner les « châtiments corporels » à visée éducative? Aspects sociaux et juridiques d'un intolérable en devenir*. Rapport Convention n°16.33. Ministère de la Justice. 2019.

DE DEKKER, Paul et Jean-Yves FABERON (éd.). *L'État pluriculturel et les droits aux différences*. Bruxelles. Bruylant. 2003.

DEMIAN, Melissa. « On the Repugnance of Customary Law », *Comparative Studies in Society and History*. Avril 2014, vol.56 nº 02. p. 508-536.

DEMMER, Christine. *Les héritiers d'Eloi Machoro (1941-1985) : une génération nationaliste au pouvoir à Amâà et Kûöö, villages de Xârâcùù (Canala), Nouvelle-Calédonie*, Thèse de doctorat en ethnologie et anthropologie sociale. Paris. EHESS. 2002.

DEMMER, Christine. « Secrets et organisation politique kanake: Pour sortir des catégories privé/public », *L'Homme*. 1 janvier 2009 nº 190. p. 79-104

DEMMER, Christine. « Nouveaux enjeux fonciers et évolution du nationalisme kanak après l'accord de Nouméa, Nouvelle-Calédonie » in Jean-Pierre JACOB et Pierre-Yves LE MEUR (éd.). *Politique de la terre et de l'appartenance. Droits fonciers et citoyenneté dans les sociétés du Sud*. Paris. Karthala. 2010, p. 375-403. (Hommes et Sociétés).

DEMMER, Christine et Christine SALOMON. « À propos du Sénat coutumier. De la promotion mélanésienne à la défense des droits autochtones » *La coutume kanak dans l'État; Perspectives coloniales et postcoloniales sur la Nouvelle-Calédonie*. Paris. L'Harmattan. 2017, p. 97-134. (Cahiers du Pacifique Sud contemporain).

DEMMER, Christine et Christine SALOMON. « Droit coutumier et indépendance kanak », *Vacarme*. 2013 nº 64. p. 63-78.

DEMMER, Christine et Benoît TREPIED (éd.). *La coutume kanak dans l'État: Perspectives coloniales et postcoloniales sur la Nouvelle-Calédonie*. Paris. L'Harmattan. 2017. (Cahiers du Pacifique Sud contemporain).

DEQUIREZ, Gaelle et Jeanne HERSANT. « The virtues of improvisation: Ethnography without an ethics protocol », *Current Sociology*. 1 septembre 2013, vol.61 nº 5-6. p. 646-660.

DEUMIER, Pascale. « Synthèse » *La coutume Kanak dans le pluralisme juridique calédonien*. Nouméa. Presses Universitaires de Nouvelle-Calédonie. 2018, p. 190-210. (LARJE – Laboratoire de recherches juridique et économique).

DEUMIER, Pascale. « La coutume kanake, le pluralisme des sources et le pluralisme des ordres juridiques », *RTDCiv. : Revue trimestrielle de droit civil*. 2006, vol.3. p. 516-521.

DEWALT, Kathleen et Billie R. DEWALT. *Participant Observation: A Guide for Fieldworkers*. 2e édition. Plymouth, Royaume-Uni. AltaMira Press. 2011.

DICKERSON-PUTMAN, Jeannette et Judith SCHACHTER (eds.). *Relative Power: Changing Interpretations of Fosterage and Adoption in Pacific Island Societies*. Hawaii. Pacific Studies Journal. 2008. vol. 31/3-4. (Special Issue ; n˚ 31).

DICKINS MORRISON, Rowena. « The Charter of the Kanak People: in pursuit of "cooperative and balanced legal pluralism" in New Caledonia », *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*. Septembre 2016, vol.48 nº 3. p. 476-521.

DINGWALL, Robert. « Accounts, interviews and observations », *Context and method in qualitative research*. 1997. p. 51-65.

DJOKO NOUBISSI, Eunice. *Essai d'universalisation du principe d'égalité entre époux : analyse comparative à la lumière des droits français et camerounais*, Thèse de doctorat en droit comparé. Paris. Paris 1. 2015.

DOUSSET, Laurent. *Pour une anthropologie de l'incertitude*. Bibliothèque de l'anthropologie. CNRS Éditions. 2018.

DOUSSET-LEENHARDT, Roselène. *Colonialisme et contradictions: Nouvelle-Calédonie, 1878-1978: les causes de l'insurrection de 1878*. Paris: Éditions L'Harmattan. 1978.

DOUVEN, Igor. « Peirce on Abduction » in Edward N. ZALTA (ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Stanford. Metaphysics Research Lab, Stanford University. 2021, p. En ligne : https://plato.stanford.edu/entries/abduction/peirce.html [consulté le 7 septembre 2021].

DUPRET, Baudouin. *Le jeu des répertoires juridiques positif et islamique en Égypte : le droit, entre théorie critique, sociologie et anthropologie*, Thèse de doctorat. Paris. Institut d'études politiques. 1996.

DUPRET, Baudouin. « Le droit comme accomplissement pratique », *Revue Droit et Cultures*. 2004, Hors-série nº 4. p. 137-143. (Cahiers d'anthropologie du droit).

DUPRET, Baudouin et Jean-Noël FERRIE. « Morale ou nature. Négocier la qualification de la faute dans une affaire égyptienne d'homosexualité », *Négociations*. 2004, vol.2 nº 2. p. 41-57.

DUPRET, Baudouin. « Une grammaire du droit en contexte et en action », *Cahiers d'anthropologie du droit*. Janvier 2006. p. 27-48.

DUPRET, Baudouin. *Le jugement en action: Ethnométhodologie du droit, de la morale et de la justice en Égypte*. Genève. Librairie Droz CEDEJ. 2006.

DUPRET, Baudouin. « Droit et sciences sociales. Pour une respécification praxéologique », *Droit et société*. 2010, vol.2 nº 75. p. 315-335.

DUPRET, Baudouin. « Réflexions sur le concept de droit à partir de quelques cas limites », *Droit et société*. Décembre 2016, vol.94 nº 3. p. 645-662.

DUPRET, Baudouin. « Le temps du droit. Ethnographie d'un raisonnement objectivant » *Ethnographies du raisonnement juridique*. Paris. LGDJ. 2018, p. 173-194. (Droit et société (Série Recherches et Travaux).

DUPRET, Baudouin. « Le général et le particulier. Perspective analytique et praxéologique sur la règle de droit », *Tracés. Revue de Sciences humaines*. Juillet 2018 nº 34. p. 123-142.

DUPRET, Baudouin. « Pluralisme juridique, pluralité de droits et pratiques juridiques : théories, critiques et reformulation praxéologique », *Revue générale de droit*. 2019, vol.49 nº 2. p. 591-623.

DUPRET, Baudouin. *Positive Law from the Muslim World: Jurisprudence, History, Practices*. Cambridge. Cambridge University Press. 2021.

DUPRET, Baudouin. *Droit et expertise dans une perspective praxéologique*. Éditions juridiques associées. Paris. LGDJ. 2005. vol.3. (Droit et société).

DUPRET, Baudouin. « Le corps mis au langage du droit : comment conférer à la nature une pertinence juridique », *Droit et société*. 2005, vol.3 n° 61. p. 627-653.

DUPRET, Baudouin, Samer GHAMROUN, Youmna MAKHLOUF, et al. « Playing by the rules: The search for legal grounds in homosexuality cases - Indonesia, Lebanon, Egypt, Senegal » in Baudouin DUPRET, Julie COLEMANS et Max TRAVERS (eds.). *Legal Rules in Practice: In the Midst of Law's Life*. London. Routledge. 2020.

DURAFFOUR, Éric. « Pour que le châtiment soit un honneur » *La coutume Kanak dans le pluralisme juridique calédonien*. Nouméa. Presses Universitaires de Nouvelle-Calédonie. 2018, p. 235-244. (LARJE – Laboratoire de recherches juridique et économique).

DURKHEIM, Emile. *Les règles de la méthode sociologique*. 16e édition. Paris. Les Presses universitaires de France. 1967. (Bibliothèque de philosophie contemporaine).

EGEA, Pierre. « L'indisponibilité de la personne : Confession d'un masque » in Xavier BIOY (éd.). *La personnalité juridique*. Toulouse. Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole. 2018, p. 181-190. (Travaux de l'IFR).

EL MAHJOUBI, Khalidja et Abla KOUMDADJI. *Les violences conjugales : le couple sous haute surveillance*. Paris. Editions du Cerf. 2016.

ENGEL, David. « How does law matter in the constitution of legal consciousness? », *How does law matter*. 1998. p. 109-144.

ENGEL, David et Jaruwan S. ENGEL. *Tort, Custom, and Karma: Globalization and Legal Consciousness in Thailand*. Stanford. Stanford University Press. 2010.

EWICK, Patricia et Susan S. SILBEY. « Conformity, contestation, and resistance: An account of legal consciousness », *New Eng. L. Rev.* 1991, vol.26. p. 731.

FABERON, Jean-Yves. « Quelle répartition des compétences de droit pénal en Nouvelle-Calédonie ? », *Revue Juridique, Politique et économique de Nouvelle-Calédonie*. 2017, vol.1 n° 29.

FABERON, Jean-Yves. « La Nouvelle-Calédonie: vivre l'accord de Nouméa », *Revue française d'administration publique*. 2002 n° 1. p. 39-57.

FALUDI, Susan. *Backlash : La guerre froide contre les femmes*. traduit par Lise Éliane POMIER, Évelyne CHATELAIN et Thérèse REVEILLE. Paris. Antoinette Fouque. 1993. (Des femmes).

FALUDI, Susan. *Backlash: The Undeclared War Against American Women*. 1er édition. New York. Crown Publications. 1991.

FAUGERE, Elsa et Isabelle MERLE. *La Nouvelle Calédonie, vers un destin commun?* Paris. Karthala. 2010.

FERAL, François. « L'adoption de la Charte du peuple Kanak de Nouvelle-Calédonie ». Non publié, consultation libre sur Academia. [s.d.]

FERAL, François. « La Charte du Peuple Kanak creuset de politiques kanakes ? ». Non publié, consultation libre sur Academia. [s.d.]

FERAL, François et Jérôme BOUQUET-ELKAÏM. « Note juridique sur « la juridicisation de la Charte du peuple kanak et la reconnaissance de la coutume dans l'ordre juridique néo-calédonien ». Paris. Editions de la Maison de la Nouvelle-Calédonie. 2014.

FERAL, François et Anne-Lise MADINIER. « Le règlement des conflits Kanaks en Nouvelle-Calédonie », *Les Cahiers de la Justice*. 1 avril 2021, N° 1 nº 1. p. 51-66.

FERRIE, Scarlett-May. « Quel fondement pour le changement de sexe à l'état civil ? », *Actualité juridique. Famille*. 2016 nº 12. p. 587.

FERRIE, Scarlett-May. *Le droit à l'autodétermination de la personne humaine - Librairie Eyrolles*. Paris. IRJS. 2018. (Collection thèses).

FINE, Agnès. *Etats civils en question: papiers, identités, sentiment de soi*. Paris. Editions du CTHS. 2008. (Le regard de l'ethnologue].

FITZPATRICK, Peter. « Law and Societies », *Osgoode Hall Law Journal*. 1984, vol.22 nº 1. p. 115-138.

FLOCCO, Gaëtan et Laurent WILLEMEZ. « Pour une sociologie des travailleur·euses du droit et de la justice », *La nouvelle revue du travail*. Novembre 2020 nº 17. En ligne : http://journals.openedition.org/nrt/6921 [consulté le 22 janvier 2021].

FOBLETS, Marie-Claire, Mark GOODALE, Maria SAPIGNOLI, et al. *The Oxford Handbook of Law and Anthropology*. Oxford. Oxford University Press. 2020.

FOUCAULT, Michel. *Sécurité, territoire, population*. Paris. Gallimard / Seuil / EHESS. 2004.

FOUCAULT, Michel. *Surveiller et punir: naissance de la prison*. Paris. Gallimard. 1993. (Collection Tel).

FREZET, Pierre. « Le juge, l'ethnologue et la coutume » *Anthropologie et Droit: Intersections et confrontations*. Droit et Cultures. Paris. Karthala. 2004, p. 161-170. (Cahiers d'Anthropologie du droit).

FREZET, Pierre. « Justice française en Nouvelle-Calédonie la fin du rêve tropical », *Droit et cultures. Revue internationale interdisciplinaire*. 1 juin 2006 nº 51. p. 229-232.

FREZET, Pierre. « Des limites de l'approche positiviste dans l'appréhension du droit coutumier kanak », *Droit et Cultures*. 2009, vol.52 nº 2. p. [En ligne].

FULCHIRON, Hugues. « La filiation » *La coutume Kanak dans le pluralisme juridique calédonien*. Nouméa. Presses Universitaires de Nouvelle-Calédonie. 2018, p. 56-84. (LARJE – Laboratoire de recherches juridique et économique).

GAGNE, Natacha. « Le savoir comme enjeu de pouvoir. L'ethnologue critiquée par les autochtones » *Les politiques de l'enquête*. Paris. La Découverte. 2008, p. 277-298. (Recherches).

GAGNE, Natacha. « Ethnographie de l'État aux confins de la République. Le dispositif de l'audience et la justice foraine en Polynésie française », *Ethnologie française*. 2018, vol.169 nº 1. p. 93-106.

GAGNE, Natacha et Marie SALAÜN. *Visages de la souveraineté en Océanie: Nouvelle-Zélande, Hawai'i, Papouasie-Nouvelle-Guinée, Polynésie française et Nouvelle-Calédonie*. Paris. l'Harmattan. 2010.

GARFINKEL, Harold. « What is ethnomethodology? », *Studies in Ethnomethodology*. 1977.

GARFINKEL, Harold. *Studies in Ethnomethodology*. New Jersey. Prentice-Hall. 1967.

GESLIN, Albane. « De l'entre-soi à l'entre-autre(s) : enjeux et ambiguïtés de la reconnaissance internationale des droits des peuples autochtones » *Droit international et reconnaissance*. Paris. Pedone. 2016, p. 35.

GIAMI, Alain et Emmanuelle BEAUBATIE. « Gender Identification and Sex Reassignment Surgery in the Trans Population: A Survey Study in France », *Archives of Sexual Behavior*. Novembre 2014, vol.43 nº 8. p. 1491-1501.

GLASER, Barney G. et Anselm L. STRAUSS. *Discovery of Grounded Theory: Strategies for Qualitative Research*. Londres. Routledge. 2017.

GOFFMAN, Erving. *Frame analysis: An essay on the organization of experience*. Cambridge, MA, US. Harvard University Press. 1974. (Frame analysis: An essay on the organization of experience).

GOFFMAN, Erving. *La mise en scène de la vie quotidienne – 1. la présentation de soi*. Paris. Les Éditions de Minuit. 1973.

GOLDIE-GENICON, Charlotte, François TERRE, et Dominique FENOUILLET. *Droit civil: la famille*. Paris. Dalloz. 2018.

GOLTZBERG, Stefan. « De quoi la fiction indique-t-elle l'absence ? » in Anne-Blandine CAIRE (éd.). *Actes de colloque : Les fictions en droit*. Clermont-Ferrand. Centre Michel de l'Hospital. 2015, p. 103-118.

GOLTZBERG, Stefan. *Théorie bidimensionnelle de l'argumentation juridique. Présomption et argumentation a fortiori*. Bruxelles. Bruylant. 2013. (Penser le droit).

GOOD, Anthony. « Folk models and the law », *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*. 2015, vol.47 nº 3. p. 423-437.

GOODALE, Mark. « Afterword. Our Vernacular Futures » in Tine DESTROOPER et Sally Engle MERRY (eds.). *Human Rights Transformation in Practice*. Philadelphia. University of Pennsylvania Press. 2019, p. 251-262.

GOODALE, Mark. *Anthropology and Law: A Critical Introduction*. New York. NYU Press. 2017.

GOODALE, Mark et Sally Engle MERRY. *The Practice of Human Rights: Tracking Law between the Global and the Local*. Cambridge. Cambridge University Press. 2007.

GRAFF, Stéphanie. « Quand combat et revendications kanak ou politique de l'État français manient indépendance, décolonisation, autodétermination et autochtonie en Nouvelle-Calédonie », *Journal de la Société des Océanistes*. 2012, vol.134 nº 1. p. 61-83.

GRAFF, Stéphanie. *Autodétermination et autochtonie en Nouvelle-Calédonie. L'effacement progressif de la question coloniale*, Thèse de doctorat en anthropologie et en sociologie du développement. Genève, Suisse. Institut des hautes études et du développement. 2014.

GRAFF, Stéphanie. « Colonisation de peuplement et autochtonie: réflexions autour des questions d'autodétermination, de décolonisation et de droit de vote en Nouvelle-Calédonie », *Mouvements*. 2017 nº 3. p. 24-34.

GRAILLE, Caroline. « Coutume et changement social en Nouvelle-Calédonie », *Journal de la Société des océanistes*. 1999, vol.109 nº 2. p. 97-119.

GRAILLE, Caroline. « 1975-2015 : retour sur *Mélanésia 2000*, symbole de la renaissance culturelle kanak », *Journal de la Société des Océanistes*. Décembre 2016 nº 142-143. p. 73-98.

GRARD, Julien. « Devoir se raconter. La mise en récit de soi, toujours recommencée » *Les politiques de l'enquête*. Paris. La Découverte. 2008, p. 143-163. (Recherches).

GREIMAS, Algirdas Julien et Joseph COURTES. *Sémiotique. Dictionnaire raisonné de la théorie du langage*. Paris. Librairie Hachette. 1979.

GRENON, Aline. « Codes et codifications : dialogue avec la common law ? », *Les Cahiers de droit*. 2005, vol.46 nº 1-2. p. 53.

GUENTHER, Katja M. « The politics of names: rethinking the methodological and ethical significance of naming people, organizations, and places », *Qualitative Research*. 2009, vol.9 nº 4. p. 411-421.

GUIART, Jean. *Structure de la chefferie en Mélanésie du Sud*. Réédition revue et Augmentée. Paris. Institut d'ethnologie. 1963.

GUIART, Jean. « Le cadre social traditionnel et la rébellion de 1878 dans le pays de La Foa, Nouvelle-Calédonie », *Journal de la Société des Océanistes*. 1968, vol.24 nº 24. p. 97-119.

GUTMANN, Daniel. *Le sentiment d'identité. Étude de droit des personnes et de la famille*. Paris. LGDJ. 2000. (Bibliothèque de droit privé).

HALPERIN, Jean-Louis. « Entre droit coutumier et droit civil : vers un droit mixte ? Réflexions après une enquête auprès des praticiens du droit » *La coutume kanak dans l'État. Perspectives coloniales et postcoloniales sur la Nouvelle-Calédonie*. Paris. L'Harmattan. 2017, p. 135-160. (Cahiers du Pacifique Sud Contemporain).

HALPERIN, Jean-Louis. « La coutume en Nouvelle-Calédonie en attente de décisionnaire(s)? » *Les décisionnaires et la coutume: contribution à la fabrique de la norme*. Toulouse. Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole. 2017, p. 465-480. (Études d'histoire du droit et des idées politiques).

HAMELIN, Christine et Christine SALOMON. « Parenté et violences faites aux femmes en Nouvelle-Calédonie. Un éclairage sur l'ethnicité différenciée des violences subies au sein de la famille », *Espace populations sociétés*. Octobre 2004 n° 2004/2. p. 307-323.

HAMELIN, Christine, Christine SALOMON, et France LERT. « Les violences sexuelles dans l'enfance chez les femmes kanakes de Nouvelle-Calédonie : vers un abaissement du seuil des violences tolérées », *Sciences sociales et santé*. 2010, vol.28 n° 4. p. 5-31.

HANNERZ, Ulf. « Being there... and there... and there! Reflections on multi-site ethnography », *Ethnography*. 2003, vol.4 n° 2. p. 201-216.

HAVARD, Léa. « Regard postcolonial sur la construction du peuple calédonien : une décolonisation équivoque » *Postcolonialisme et droit: perspectives épistémologiques*. Paris. Éditions Kimé. 2020, p. 67-89.

HERMAN, Elisa. *Lutter contre les violences conjugales: Féminisme, travail social, politique publique*. Rennes. Presses universitaires de Rennes. 2019.

HERMITTE, Marie-Angèle. « Le droit est un autre monde », *Enquête*. 1998 n° 7. p. 17-37.

HERMITTE, Marie-Angèle et Paolo NAPOLI. « Préface » *Les opérations du droit*. Paris. Seuil / Gallimard. 2011, p. 7-15. (Hautes études).

HERRENSCHMIDT, Jean-Brice. *Territoires coutumiers et projets de développement en Mélanésie du Sud (Iles Loyauté, Vanuatu, Fidji)*, Thèse de doctorat en Géographie. Paris. Université Paris-Sorbonne. 2004.

HILT, Patrice et Frédérique GRANET-LAMBRECHTS. « L'action à fins de subsides », *Droit en +*. 2018, vol.6. p. 151-153.

HUSSAIN, Nasser. *The jurisprudence of emergency: colonialism and the rule of law*. Ann Arbor. University of Michigan Press. 2003.

JAUMOUILLIE, Anne-Laure. *Entre sagaies et médailles : processus colonial de reconnaissance des chefs kanak en Nouvelle-Calédonie, 1878-1946*, Thèse de doctorat. La Rochelle. La Rochelle. 2007.

JAUNAIT, Alexandre. « Genèses du droit de l'identité de genre. Approche des configurations sociojuridiques », *Droit et société*. Octobre 2020, vol.105 n° 2. p. 429-451.

JIMÉNEZ, Diego Mauricio Higuera. « Multiculturalismo y pluralismo en el constitucionalismo colombiano: el caso de la reinterpretación del mito en el diálogo intercultural u'wa* », *Via iuris*. 2018 n° 25. p. 1-43.

JOUANNEAU, Solenne et Anna MATTEOLI. « Les violences au sein du couple au prisme de la justice familiale. Invention et mise en œuvre de l'ordonnance de protection », *Droit et société*. 2018, vol.99 nº 2. p. 305-321.

KASARHEOU, Emmanuel et Roger BOULAY. « Un Inventaire du Patrimoine Kanak Dispersé : pour quoi faire ? » *Conférence au centre culturel Jean-Marie Tjibaou*. Nouméa. 2012.

KASARHEROU, Emmanuel, Gaye SCULTHORPE, Nicolas THOMAS, et al. « Dialogue des cultures et circulations des œuvres », *Les actes de colloques du musée du quai Branly Jacques Chirac*. Juin 2017.

KELSEN, Hans. *Pure Theory of Law*. Traduit par Max KNIGHT. Berkeley, Calif. University of California Press. 2020.

KNOP, Karen, Ralf MICHAELS, et Annelise RILES. « From Multiculturalism to Technique: Feminism, Culture and the Conflict of Laws Style », *Stanford Law Review*. Septembre 2011, vol.64. p. 589-656.

KRITZER, Herbert M. « Stories from the field: Collecting data outside over there » in June STARR et Mark GOODALE (ed.). *Practicing ethnography in law: New dialogues, enduring methods*. New York. Palgrave Macmillan. 2002, p. 143-159.

LAFARGUE, Régis. « Le contentieux classique de la terre » *La coutume dans le pluralisme juridique calédonien*. Nouméa. Presses Universitaires de Nouvelle-Calédonie. 2018, p. 101-140. (LARJE – Laboratoire de recherches juridique et économique).

LAFARGUE, Régis. « The unity of the republic vs. living together on the same land: New Caledonia from colonization to indigenousness: law at the center of a major culture issue », *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*. 2014, vol.46 nº 2. p. 172-192.

LAFARGUE, Régis. « L'histoire kanak et la Nouvelle-Calédonie : le droit comme enjeu de civilisation », *Les Cahiers de la Justice*. 2013, vol.2 nº 2. p. 119-139.

LAFARGUE, Régis. *La coutume face à son destin*. Paris. LGDJ. 2010.

LAFARGUE, Régis. *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie: aux sources d'un droit commun coutumier*. Aix-en-Provence. Presses Universitaires d'Aix-Marseille. 2003.

LAFARGUE, Régis. « La justice outre-mer: justice du lointain, justice de proximité », *Revue française d'administration publique*. 2002 nº 1. p. 97-109.

LAPEYRE, Nathalie et Nicky Le FEUVRE. « Avocats et médecins : féminisation et différenciation sexuée des carrières » *Sociologie des groupes professionnels. Acquis récents et nouveaux défis*. Paris. La Découverte. 2009, p. 424-434. (Recherches).

LASCOUMES, Pierre. « Normes juridiques et mise en œuvre des politiques publiques », *L'Année sociologique*. 1990, vol.40 nº 3. p. 43-71.

LATOUR, Bruno. *Microbes : guerre et paix,* suivi de *Irréductions*. Paris. Métailié. 1984.

LATOUR, Bruno. « Petite philosophie de l'énonciation » in P. BASSO et L. CORRAIN (éd.). *Eloqui de senso. Dialoghi semiotici per Paolo Fabbri, Orizzonti, compiti e dialoghi della semiotica. Saggi per Paolo Fabbri*. Milan. Costa & Nolan. 1998, p. 71-94.

LATOUR, Bruno. *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*. Paris. La Découverte/ Poche. 2004. (Sciences Humaines et Sociales).

LE MEUR, Pierre-Yves. « Réflexions sur un oxymore: le débat du" cadastre coutumier" en Nouvelle-Calédonie » *La Nouvelle-Calédonie, vers un Destin Commun ?* Paris. Karthala. 2010, p. 101-126.

LE MEUR, Pierre-Yves. « Politique et réforme foncière en Nouvelle-Calédonie : entre rééquilibrages et reconnaissance » *Peuple premier et cohésion sociale en Nouvelle-Calédonie : identités et rééquilibrages*. Aix-en-Provence. Presses Universitaires d'Aix-Marseille. 2012, p. 91-113. (Droit d'Outre-Mer).

LE MEUR, Pierre Yves. « Locality, mobility and governmentality in colonial/postcolonial New Caledonia: the case of the Kouare tribe », *Oceania*. 2013, vol.83 nº 2. p. 130-146.

LE MEUR, Pierre-Yves. « Proof and test: The construction of customary land in New Caledonia » *Spaces of Law and Custom*. Londres. Routledge. 2022, p. 160-178.

LE MEUR, Pierre-Yves et Alexander MAWYER. « France and Oceanian Sovereignties », *Oceania*. 2022, vol.92 nº 1. p. 9-30.

LE ROY, Étienne. « L'esprit de la coutume et l'idéologie de la loi. Contribution à une rupture épistémologique dans la connaissance du droit africain à partir d'exemples sénégalais contemporains ». Bruxelles. ARSOM. 1983.

LEBLIC, Isabelle. « Représentations du foncier en Nouvelle-Calédonie et identité culturelle kanak. Évolution de ces représentations liée à la revendication identitaire et aux processus de développement économique ». Aix-en-Provence. 3e journées scientifiques de la Société d'écologie humaine, Perceptions et représentations de l'environnement. 1991.

LEBLIC, Isabelle. *Les Kanak face au développement : la voie étroite*. Nouméa; Grenoble. Agence de développement de la culture Kanak; Presses universitaires de Grenoble. 1993.

LEBLIC, Isabelle. « Adoptions et transferts d'enfants dans la région de Ponérihouen » *En pays kanak : Ethnologie, linguistique, archéologie, histoire de la Nouvelle Calédonie*. Paris. Éditions de la Maison des sciences de l'homme. 2000, p. 49-67. (Ethnologie de la France).

LEBLIC, Isabelle. « Ignames, interdits et ancêtres en Nouvelle-Calédonie », *Journal de la Société des Océanistes*. 2002 nº 114-115. p. 115-127.

LEBLIC, Isabelle. « Chronologie de la Nouvelle-Calédonie », *Le Journal de la Société des Océanistes*. 1 décembre 2003 nº 117. p. 299-312.

LECA, Antoine. *Introduction au droit civil coutumier kanak*. Aix-en-Provence. Presses universitaires d'Aix-Marseille. 2014.

LECA, Antoine. « La coutume kanak dans l'État. Perspectives coloniales et postcoloniales sur la Nouvelle-Calédonie. », *Droit et cultures. Revue internationale interdisciplinaire*. 26 mars 2018 n° 75. p. 229-246.

LEENHARDT, Maurice. *Notes d'ethnologie néo-calédonienne.* Paris. Institut d'ethnologie. 1930.

LEENHARDT, Maurice. *Gens de la grande terre*. Paris. Gallimard. 1937.

Leenhardt, Maurice. *Do Kamo : la personne et le mythe dans le monde mélanésien*. Paris : Gallimard, 1947.

LEMIEUX, Cyril. « De la théorie de l'habitus à la sociologie des épreuves : » *Michaël Pollak. De l'identité blessée à une sociologie des possibles*. Paris. Éditions Complexe. 2008, p. 179-205.

LEMIEUX, Cyril. *Le devoir et la grâce*. Paris. Paris : Economia. 2009.

LEMIEUX, Cyril. *La sociologie pragmatique*. Paris. La Découverte. 2018. (Repères).

LEMIEUX, Cyril. « Jugements en action, actions en jugement. Ce que la sociologie des épreuves peut apporter à l'étude de la cognition » in Fabrice CLEMENT et Laurence KAUFMANN (éd.). *La sociologie cognitive*. Paris. Éditions de la Maison des sciences de l'homme. 2019, p. 249-274. (Cogniprisme).

LEROY, Sarah. « « Les prénoms ont été changés » », *Cahiers de sociolinguistique*. 2006, vol.11 n° 1. p. 27-40.

LEVACHER, Claire. *De la Terre à la mine ? Les chemins de l'autochtonie en Nouvelle-Calédonie*. Doctorat d'anthropologie. Paris. EHESS - Institut de recherche interdisciplinaire sur les enjeux sociaux. Sciences sociales, Politiques, Santé (IRIS). 2016.

LEVACHER, Claire. « Contesting the Goro Nickel Mining Project, New Caledonia: Indigenous Rights, Sustainable Development and the Land Issue » *Large-scale Mines and Local-level Politics*. Canberra. ANU Press. 2017, vol.12, p. 183-206. (Between New Caledonia and Papua New Guinea).

LEVALLOIS, Michel. « *Mélanésia 2000*. Un festival très politique », *Journal de la Société des océanistes*. 1995, vol.100 n° 1. p. 125-127.

LEVINET, Michel. « Coutumes et droits de l'homme. Universalité et pluralisme dans la Convention européenne des droits de l'homme » *La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*. Paris. La Documentation française. 2000, p. 89-105.

LINHARDT, Dominique. « L'État et ses épreuves. Éléments d'une sociologie des agencements étatiques. », *Clio@Themis. Revue électronique d'histoire du droit*. 2008 n° 1.

LINHARDT, Dominique et Cédric Moreau de BELLAING. « Légitime violence ? Enquêtes sur la réalité de l'État démocratique », *Revue française de science politique*. 2005, vol.55 n° 2. p. 269-298.

LINI, Walter. « Should the Church Play Politics? », *The Pacific Way: Social issues in national development*. 1975. p. 176-177.

LLASAG FERNÁNDEZ, Raúl, Karina TELLO TORAL, et Alex ZAPATA CARPIO. « Interpretación intercultural de la justicia indígena en la Corte Constitucional del Ecuador », *Cahiers des Amériques latines*. 29 décembre 2020, vol.1 nº 94. p. 157-174.

LLEWELLYN, Karl N. et Edward A. HOEBEL. *The Cheyenne Way: Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence*. Norman, Oklahoma, États-Unis. University of Oklahoma Press. 1941. (Civilization of the American Indian series).

LLEWELLYN, Karl N. et Edward A. HOEBEL. *La voie cheyenne: conflit et jurisprudence dans la science primitive du droit*. traduit par Louis ASSIER-ANDRIEU. Paris-Bruxelles. LGDJ; Bruylant. 1999.

LOPERENA, Christopher, Mariana MORA, et R. Aída HERNANDEZ-CASTILLO. « Cultural Expertise? Anthropologist as Witness in Defense of Indigenous and Afro-Descendant Rights », *American Anthropologist*. 2020, vol.122 nº 3. p. 588-594.

LOWENHAUPT TSING, Anna. *Le champignon de la fin du monde: Sur la possibilité de vie dans les ruines du capitalisme*. Paris. La Découverte. 2015. (Les empêcheurs de penser en rond).

LYNCH, Michael. « Ethnométhodologie et pratique scientifique : la pertinence du détail », *Cahiers de recherche sociologique*. 1987, vol.5 nº 2. p. 45-62.

LYNCH, Michael. « Wittgenstein, règles et épistémologie », *Rue Descartes*. 2001, vol.31 nº 1. p. 11-59.

LYNCH, Michael. « Turning a witness: The textual and interactional production of a statement in adversarial testimony », *Law at work. Studies in legal ethnomethods*. 2015. p. 163-189.

MACE, Éric. « Ce que les normes de genre font aux corps / Ce que les corps trans font aux normes de genre », *Sociologie*. 2010, Vol. 1 nº 4. p. 497-515.

MADINIER, Anne-Lise. *L'État-nation face à la revendication autochtone: essai sur les institutions juridiques kanakes en Nouvelle-Calédonie*, Doctorat de droit public. Perpignan; Ottawa. Université de Perpignan Via Domitia et Université d'Ottawa. 2018.

MALABAT, Valérie. « La prise en compte de la coutume kanak en droit pénal » *La coutume Kanak dans le pluralisme juridique calédonien*. Nouméa. Presses Universitaires de Nouvelle-Calédonie. 2018, p. 214-234. (LARJE – Laboratoire de recherches juridique et économique).

MAMDANI, Mahmood. *Citizen and subject: contemporary Africa and the legacy of late colonialism*. Princeton (N.J.), Etats-Unis d'Amérique. Princeton University Press. 1996.

MAPOU, Raphaël. *Analyse dialectique des transformations du droit en Nouvelle-Calédonie: La civilisation kanak face à l'impérialisme juridique de la France*. Paris. Éditions L'Harmattan. 2020.

MARCUS, George E. *Ethnography through thick and thin*. Princeton. Princeton University Press. 1998.

MARCUS, George E. et FISCHER Michael M. J. *Anthropology as cultural critique : an experimental moment in the human sciences : an experimental moment in the human sciences*. 2nd Ed. Chicago. University of Chicago Press. 1999.

MARMOUCH, Maroua. *Transgenres en Nouvelle-Calédonie : discussions intimes sur des parcours de vie wallisiens et quelques parcours kanak,* Thèse de doctorat en anthropologie. EHESS Marseille. Centre de Recherche et de Documentation sur l'Océanie CREDO & Faculté d'anthropologie culturelle et ethnographie de l'Université de Turin. 2015.

MÁRQUEZ PORRAS, Raúl. « A call for ethnographying the judiciary (beyond the courtroom) », *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*. Septembre 2021, vol.53 nº 3. p. 419-423.

MARTIN, Claude. *« Être un bon parent »: une injonction contemporaine*. Rennes. Presses de l'École des hautes études en santé publique. 2014.

MARTUCCELLI, Danilo. « Les deux voies de la notion d'épreuve en sociologie », *Sociologie*. Juin 2015, vol.6 nº 1. p. 43-60.

MATHER, Lynn, Richard J. MAIMAN, et Craig A. MCEWEN. « « "The passenger decides on the destination and I decide on the route": are divorce lawyers "expensive cab drivers"? » », *International Journal of Law, Policy and the Family*. Décembre 1995, vol.9 nº 3. p. 286-310.

MERLE, Isabelle. *Expériences coloniales: la Nouvelle-Calédonie, 1853-1920*. Paris. Belin. 1995.

MERLE, Isabelle. « La construction d'un droit foncier colonial. De la propriété collective à la constitution des réserves en Nouvelle-Calédonie », *Enquête. Archives de la revue Enquête*. 1999 nº 7. p. 97-126.

MERLE, Isabelle. « De l'idée de cantonnement à la constitution des réserves. La définition de la propriété indigène » *En pays Kanak: Ethnologie, linguistique, archéologie, histoire de la Nouvelle-Calédonie*. Paris. Édition de la Maison des sciences de l'homme. 2000, p. 217. (Ethnologie de la France].

MERLE, Isabelle. « Retour sur le régime de l'indigénat: Genèse et contradictions des principes répressifs dans l'Empire français », *French Politics, Culture & Society*. 2002, vol.20 nº 2. p. 77-97.

MERLE, Isabelle. « De la "légalisation" de la violence en contexte colonial. Le régime de l'indigénat en question », *Politix*. 2004 nº 2. p. 137-162.

MERLE, Isabelle. « Du sujet à l'autochtone en passant par le citoyen. Les méandres, enjeux et ambiguïtés de la définition du statut des personnes en situation coloniale et post coloniale. Pour exemple, la Nouvelle-Calédonie » in Isabelle MERLE et Elsa FAUGERE (éd.). *La Nouvelle-Calédonie. Vers un destin commun ?* Paris. Karthala. 2010, p. 19-38.

MERLE, Isabelle. « Au sujet de la "Justice Coutumière en Nouvelle-Calédonie" ou les conditions d'un dialogue post-colonial », *LARJE – Laboratoire de recherches juridique et économique*. Août 2013 .

MERLE, Isabelle et Adrian MUCKLE. *L'indigénat. Genèses dans l'Empire français, pratiques en Nouvelle-Calédonie*. Paris. CNRS Editions. 2019.

MERRY, Sally Engle. *Human Rights and Gender Violence: Translating International Law into Local Justice*. Chicago. University of Chicago Press. 2006. (Chicago Series in Law and Society).

MERRY, Sally Engle. *Getting justice and getting even: Legal consciousness among working-class Americans*. Chicago. University of Chicago Press. 1990.

MICHELS, David. « Les procédures de changements de la mention de sexe à l'état civil » *États civils en question. Papiers, identités, sentiment de soi*. Paris. Éditions du CTHS. 2008, p. 93-109. (Le regard de l'ethnologue).

MINOC, Julie. « (Dés)ordres familiaux à la loupe. Les normes maternelles et paternelles au prisme de l'enquête sociale », *Droit et société*. 2017, vol.95 nº 1. p. 71-86.

MOKADDEM, Hamid. « Des divisions intérieures du corps politique néo-calédonien » *L'État pluriculturel et les droits aux différences*. Bruxelles. Bruylant. 2003, p. 399-407.

MOKADDEM, Hamid. « D'un usage kanak des sciences sociales: Jean-Marie Tjibaou lecteur de Maurice Leenhardt » *Terrains et destins de Maurice Leenhardt*. Paris : Éditions de l'École des hautes études en sciences sociales, 2007, p. 139-160.

MOKADDEM, Hamid. *Kanaky et-ou Nouvelle-Calédonie ?* Transit. Nouméa; Marseille. Expressions la Courte échelle. 2014.

MOLLER OKIN, Susan. *Is Multiculturalism Bad for Women?* New Jersey. Princeton University Press. 1999.

MONNERIE, Denis. « Nouvelle-Calédonie: La terre et les hommes, la culture et la politique : consensus et confrontations », *Ethnologie française*. 2002, vol.32 nº 4. p. 613.

MOORE, Sally Falk. « Politics, Procedures, and Norms in Changing Chagga Law », *Africa: Journal of the International African Institute*. 1970, vol.40 nº 4. p. 321-344.

MOORE, Sally Falk. *Law as Process: An Anthropological Approach*. Münster. LIT Verlag Münster. 2000.

MOORE, Sally Falk. « Certainties Undone: Fifty Turbulent Years of Legal Anthropology, 1949-1999 », *The Journal of the Royal Anthropological Institute*. 2001, vol.7 nº 1. p. 95-116.

MOORE, Sally F. *Law and anthropology: a reader*. Hoboken, New Jersey. Wiley-Blackwell. 2004. (Wiley Blackwell Anthologies in Social and Cultural Anthropology).

MORON-PUECH, Benjamin. « L'arrêt A. P., Nicot et Garçon c. France ou la protection insuffisante par le juge européen des droits fondamentaux des personnes transsexuées. Droit au respect de la vie privée (Art. 8 CEDH) », *La Revue des droits de l'homme. Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux*. 3 mai 2017.

MORON-PUECH, Benjamin. « L'arrêt A. P., Nicot et Garçon contre France ou le maintien problématique d'une approche biologisante de l'identité sexuée », *Recueil Dalloz*. 2017 nº 18. p. 994-995.

MOULINIE, Véronique. « Des papiers sur soi, des papiers pour soi. L'identité portable » *États civils en question. Papiers, identités, sentiment de soi*. Éditions du CTHS. Éditions du CTHS. 2008, p. 293-330.

MRGUDOVIC, Nathalie. « Evolving approaches to sovereignty in the French Pacific », *Commonwealth & Comparative Politics*. 2012, vol.50 nº 4. p. 456-473.

MUCKLE, Adrian. « Tropes of (mis) understanding: imagining shared destinies in New Caledonia, 1853-1998 », *Le Journal de la Société des Océanistes*. 2007 nº 124. p. 105-118.

MUCKLE, Adrian. *Specters of Violence in a Colonial Context: New Caledonia, 1917*. Honolulu. University of Hawai'i Press. 2012.

MUCKLE, Adrian. « The presumption of indigeneity: Colonial administration, the "community of race" and the category of *indigène* in New Caledonia, 1887–1946 », *The Journal of Pacific History*. 2012, vol.47 nº 3. p. 309-328.

MUTUA, Makau. « Savages, Victims, and Saviors: The Metaphor of Human Rights », *Harvard International Law Journal*. 2001, vol.42 nº 1. p. 201-245.

MUTUA, Makau. *Human Rights: A Political and Cultural Critique*. Philadelphia. University of Pennsylvania Press. 2002.

NAEPELS, Michel. « "Il a tué les chefs et les hommes". L'anthropologie, la colonisation et le changement social en Nouvelle-Calédonie », *Terrain*. 1997 nº 28. p. 43-58.

NAEPELS, Michel. *Histoires de terres kanakes : conflits fonciers et rapports sociaux dans la région de Houaïlou, Nouvelle-Calédonie*. Paris. Belin. 1998. (Socio-histoires).

NAEPELS, Michel. « Réforme foncière et propriété dans la région de Houaïlou (Nouvelle-Calédonie) », *Études rurales*. janvier 2006 nº 177. p. 43-54.

NAEPELS, Michel. *Conjurer la guerre. Violence et pouvoir à Houaïlou (Nouvelle-Calédonie)*. Paris. Éditions de l'EHESS. 2013.

NAEPELS, Michel. « L'ordre et la morale : film politique ou film de guerre ? », *Ethnies : droits de l'homme et peuples autochtones : revue trimestrielle de Survival International (France)*. 1 janvier 2015, vol.21, nº 37-38. p. 60-65.

NAEPELS, Michel. « Une histoire coloniale du "conseil des anciens" en Nouvelle-Calédonie » *La coutume kanak dans l'Etat. Perspectives coloniales et postcoloniales sur la Nouvelle-Calédonie*. Paris. L'Harmattan. 2017, p. 25-48. (Cahiers du Pacifique Sud contemporains).

NALLET, Antoine. « La dissolution du mariage » *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*. Nouméa. Presses Universitaires de Nouvelle-Calédonie. 2018, p. 85-90. (LARJE – Laboratoire de recherches juridique et économique).

NAROKOBI, Bernard. *Lo bilong yumi yet : Law and custom in Melanesia*. Suva (Fidji); Goroka (Papouasie Nouvelle Guinée). University of the South Pacific Melanesian Institute for pastoral and socio-economic service. 1989. (Point Series 12).

NAYRAL, Mélissa. « L'arrivée des femmes kanakes sur la scène politique néo-calédonienne: féminisme ou arithmétique ? » *La globalisation à l'aune du genre : vers une sociologie politique de la promotion internationale des normes égalitaires*. Paris : Congrès Association française de Sciences politiques. 2013.

NAYRAL, Mélissa. « Les événements d'Ouvéa : parler ou se taire ? », *Ethnies : droits de l'homme et peuples autochtones : revue trimestrielle de Survival International (France)*. 1 janvier 2015, vol.21, nº 37-38. p. 66-79.

NEAOUTYINE, Paul, Jean-François CORRAL, et André NEMIA. *L'indépendance au présent: identité kanak et destin commun*. Paris. Syllepse. 2006.

NEIRINCK, Claire. *L'État civil dans tous ses états*. Paris. LGDJ. 2008.

NICOLAS, Hélène. « Le mariage à Lifou, une création missionnaire ? (Kanaky-Nouvelle-Calédonie) », *Social Sciences and Missions*. Mai 2018, vol.31 nº 1-2. p. 69-98.

NICOLAS, Hélène. « Patriarcat kanak, patriarcat colonial », *Mouvements*. 28 août 2017, n° 91 nº 3. p. 114-121.

NICOLAS, Hélène. « Devenir époux/épouse. Les premiers amours comme socialisation à une conjugalité violente (Lifou, Kanaky-Nouvelle-Calédonie) », *Genre, sexualité et société*. 1 juin 2016 nº 15. En ligne : http://journals.openedition.org/gss/3776 [consulté le 29 mai 2018].

NICOLAS, Hélène. « « Civiliser les Kanaks » L'impact de la christianisation sur le système de genre lifou (Nouvelle-Calédonie, 1842-1946) », *Labrys, revue franco-québécoise brésilienne en ligne*. 2013, vol.23. En ligne : http://www.labrys.net.br/labrys23/sumarios/sumariogeral [consulté le 29 mai 2018].

NICOLAS, Hélène et Camille NOUS. « Du sexage en contexte colonial. L'exemple de Lifou, Kanaky-Nouvelle-Calédonie », *Cahiers du Genre*. Octobre 2020, vol. 1 No. 68. p. 97-119.

NOIRIEL, Gérard. « L'identification des citoyens. Naissance de l'état civil républicain », *Genèses. Sciences sociales et histoire*. 1993, vol.13 nº 1. p. 3-28.

NORTON, Robert Edward. *Race and politics in Fiji*. New York, Etats-Unis d'Amérique. St. Martin's Press. 1977.

OGIEN, Albert. « L'idiot de Garfinkel » *L'ethnométhodologie. Une sociologie radicale*. Paris. La Découverte. 2001, p. 57-74. (Recherches).

OGIER-GUINDO, Julia. « Le pays invisible: Représentations de la mort dans les discours cérémoniels kanak (Nouvelle-Calédonie) », *Cahiers de littérature orale*. 2011 nº 69. p. 79-106.

OLIVIER DE SARDAN, Jean-Pierre. « La politique du terrain », *Enquête. Archives de la revue Enquête*. 1 octobre 1995 nº 1. p. 71-109.

ORTIZ, Laure. « L'Amérique latine, l'éveil juridique d'un continent ? », *L'Ordinaire des Amériques*. 10 décembre 2016 nº 221. En ligne : https://journals.openedition.org/orda/2957 [consulté le 24 avril 2022].

OST, François et Michel van de KERCHOVE. « De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit ? », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*. 2000, vol.44 nº 1. p. 1-82.

OTIS, Ghislain. « Le projet de Charte kanak: vers la conciliation décolonisée des souverainetés kanak et républicaine ». Colloque "La Charte du peuple kanak". Sénat coutumier, Nouméa. 2014.

PARICARD, Sophie. « Du sexe par possession d'état à la consécration de l'identité de genre? » *Personnes et familles du XXIème siècle*. Pau. Presses de l'Université de Pau et des Pays de l'Adour. 2018, p. 34-46.

PARISOT, Valérie. « Justice pénale républicaine et droit coutumier kanak » *Cahiers d'anthropologie du droit 2011-2012 : Le statut des peuples autochtones. À la croisée des savoirs*. Paris. Karthala. 2012, p. 183-208.

PARISOT, Valérie et Marie-Elodie ANCEL. « Conflits de lois », *Revue critique de droit international privé*. 2011, vol.3. p. 610-661.

PARISOT, Valérie et Sandrine SANA-CHAILLE DE NERE. « La méthode conflictuelle, une méthode de résolution du conflit de normes adaptée à l'intégration de la coutume dans le corpus juridique calédonien » *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*. Nouméa. Presses Universitaires de Nouvelle-Calédonie. 2018, p. 404-486. (LARJE – Laboratoire de recherches juridique et économique).

PARRA, Johan Lozano, Sergio Caballero PALOMINO, Katerin Cruz CADENA, et al. « El estado multicultural y los pueblos indígenas: construcción del marco jurisprudencial a partir de la acción de la corte constitucional colombiana », *Advocatus*. 26 mai 2021 nº 36. En ligne : https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/advocatus/article/view/7480 [consulté le 5 mai 2022].

PASSERON, Jean-Claude et Jacques REVEL (éd.). *Penser par cas*. Paris. Ecole des hautes études en sciences sociales. 2005. (Enquête ; n° 4].

PELISSE, Jérôme. « A-t-on conscience du droit ? Autour des Legal Consciousness Studies », *Genèses*. 2005, vol.59 nº 2. p. 114.

PERELMAN, Chaïm. *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*. Paris. Dalloz. 1976.

PESTAÑA, Gilles. « Du spectre du dépeuplement à celui de l'indépendance. Enjeux et représentations des dynamiques démographiques des espaces ruraux de Nouvelle-Calédonie », *Espace populations sociétés*. 20 mars 2016 2015/3-2016/1.

POIGOUNE, Élie. « À l'attention de Mesdames DEMMER, SALOMON, HAMELIN & SALAÜN, de Messieurs BENSA, NAEPELS, TRÉPIED, & WITTERSHEIM, auteurs de l'article « Droit coutumier et indépendance kanak », ainsi que de Vincent CASANOVA, Directeur de publication de la revue Vacarme », *Ligue des Droits de l'Homme et du citoyen de Nouvelle-Calédonie*. Juillet 2013.

POTTAGE, Alain. « Conflicts of laws: Comparing autochthonous legal cultures » in Stephen STETTER (ed.). *Territorial Conflicts in World Society*. Londres. Routledge. 2007.

POTTAGE, Alain et Martha MUNDY (ed.). *Law, anthropology, and the constitution of the social: making persons and things*. Cambridge. Cambridge University Press. 2004. (Cambridge Studies in Law and Society).

POVINELLI, Elisabeth A. *The Cunning of Recognition: Indigenous Alterities and the Making of Australian Multiculturalism*. Durham ; London. Duke University Press Books. 2002. (Politics, history, and culture).

RAU, Éric. *Institutions et coutumes canaques*. Paris. Éditions L'Harmattan. 1944.

RAWLS, Anne Warfield. « Harold Garfinkel, Ethnomethodology and Workplace Studies », *Organization Studies*. Mai 2008, vol.29 nº 5. p. 701-732.

RENNES, Juliette (éd.). *Encyclopédie critique du genre. Corps, sexualité, rapports sociaux*. Paris. La Découverte. 2016. (Hors collection Sciences Humaines).

REVET, Sandrine. « Polyphonie autour du fleuve Atrato en Colombie et de ses Gardiens », *Sociétés politiques comparées*. 2020, vol.52. (Fonds d'analyse des sociétés politiques (FASOPO)). En ligne : http://www.fasopo.org/sites/default/files/varia3_n52.pdf [consulté le 24 avril 2022].

RILES, Annelise. « Representing In-Between: Law, Anthropology, and the Rhetoric of Interdisciplinarity », *Cornell Law Faculty Publications*. 1994, Paper 1086.

RILES, Annelise. « Models and Documents: Artefacts of International Legal Knowledge », *The International and Comparative Law Quarterly*. 1999, vol.48 nº 4.

RILES, Annelise. *The Network Inside Out*. Ann Arbor. University of Michigan Press. 2000.

RILES, Annelise. « Anthropology, Human Rights, and Legal Knowledge: Culture in the Iron Cage », *American Anthropologist*. mars 2006, vol.108 nº 1. p. 52-65.

RILES, Annelise. *Collateral Knowledge: Legal Reasoning in the Global Financial Markets*. Chicago. University of Chicago Press. 2011.

RILES, Annelise. « Is the Law Hopeful? » *The economy of hope*. Philadelphia. University of Pennsylvania Press. 2016, p. 126-146.

RILES, Annelise. « Le droit est-il porteur d'espoir ? », *Clio@Themis. Revue électronique d'histoire du droit*. Traduit par Laetitia GUERLAIN. 15 avril 2021 nº 15. En ligne : http://publications-prairial.fr/cliothemis/index.php?id=579 [consulté le 7 octobre 2021].

RIVRON, Sarah. *La notion d'Indirect rule*, Doctorat en droit et sciences politiques. Poitiers. Université de Poitiers. 2014.

RODRIGUEZ, Daniel. « La juridiction coutumière kanak (Juger en Kanaky) » *La coutume Kanak dans le pluralisme juridique calédonien*. Nouméa. Presses Universitaires de Nouvelle-Calédonie. 2018, p. 303-333.

ROME, Isabelle. « La justice à l'épreuve des violences au sein du couple », *Pouvoirs*. 30 juin 2020, vol.173 nº 2. p. 51-61.

ROMERO, Marie. *Le traitement juridique des délits sexuels sur mineurs, une enquête de sociologie judiciaire et législative,* Doctorat d'anthropologie sociale et ethnologie. Paris. EHESS. 2018.

RORIVE, Isabelle. *Le revirement de jurisprudence: étude de droit anglais et de droit belge*. Bruxelles. Bruylant. 2003. (Collection de la Faculté de Droit de l'Université Libre de Bruxelles).

ROTTIER, Benjamin. « Le juge judiciaire face aux données empiriques », *Revue française d'administration publique*. 29 septembre 2020, vol.173 nº 1. p. 55-67.

ROULAND, Norbert. « L'interculturalité dans la justice », *Les Cahiers de la Justice*. 2021, vol.4 nº 4. p. 677-689.

ROUX, Sébastien. « La transparence du voile. Critique de l'anonymisation comme impératif déontologique » *Enquêter : de quel droit ? Menaces sur l'enquête en sciences sociales*. Bellecombe-en-Bauges. Éd. du Croquant. 2010, p. 139-153.

RYLE, Gilbert. « Knowing How and Knowing That: The Presidential Address », *Proceedings of the Aristotelian Society*. 1945, vol.46. p. 1-16.

SAADA, Emmanuelle. « Citoyens et sujets de l'Empire français. », *Genèses*. 2003, vol. 4 No. 53. p. 4-24.

SAADA, Emmanuelle et Gérard NOIRIEL. *Les enfants de la colonie: les métis de l'Empire français entre sujétion et citoyenneté*. Paris. Editions La Découverte. 2007.

SACKS, Harvey. *Lectures on Conversation, Volumes I and II*. Hoboken. Wiley-Blackwell. 2010.

SAEIDZADEH, Zara. « Trans* en Iran : jurisprudence médicale et pratiques sociales en matière de changement de sexe », *Droit et cultures. Revue internationale interdisciplinaire*. 26 janvier 2021, vol.2 nº 80. En ligne : http://journals.openedition.org/droitcultures/6551 [consulté le 2 avril 2022].

SALOMON, Christine. « Les femmes kanakes face aux violences sexuelles : le tournant judiciaire des années 1990 », *Journal des anthropologues*. 1990, vol.3-4 nº 82-83. p. 287-307.

SALOMON, Christine. « La personne et le genre au centre nord de la Grande Terre (Nouvelle-Calédonie) », *Gradhiva*. 1998, vol.23. p. 81-100.

SALOMON, Christine. *Savoirs et pouvoirs thérapeutiques kanaks*. Paris. Presses Universitaires de France. 2000. (Ethnologies - Controverses).

SALOMON, Christine. « "Mettre au tribunal", "Claquer un procès": Les nouvelles ripostes des femmes kanakes en Nouvelle-Calédonie », *Archives de politique criminelle*. 2002, vol.1 nº 24. p. 161-176.

SALOMON, Christine. « Quand les filles ne se taisent plus: Un aspect du changement postcolonial en Nouvelle-Calédonie », *Terrain*. 1 mars 2003 n° 40. p. 133-150.

SALOMON, Christine. « Hommes et femmes. Harmonie d'ensemble ou antagonisme sourd ? » in Alban BENSA et Isabelle LEBLIC (éd.). *En pays kanak : Ethnologie, linguistique, archéologie, histoire de la Nouvelle Calédonie*. Paris. Éditions de la Maison des sciences de l'homme. 2015, p. 311-338. (Ethnologie de la France).

SALOMON, Christine. « Quatre décennies de féminisme kanak », *Mouvements*. 2017, vol.91 n° 3. p. 55-66.

SALOMON, Christine. « Égalité totale ou évolution encadrée et séparée. Retour sur les années 1946-1956 » in Christine DEMMER et Benoît TREPIED (éd.). *La Coutume kanak dans l'État. Perspectives coloniales et postcoloniales sur la Nouvelle-Calédonie*. Paris. L'Harmattan. 2017, p. 49-95. (Cahiers du Pacifique Sud contemporain).

SALOMON, Christine. « Genre, justice et indemnisation des victimes de statut coutumier kanak », *Ethnologie française*. 2018, vol.169 n° 1. p. 69-80.

SALOMON, Christine. « Réponses aux violences de genre en Nouvelle-Calédonie : familialisme et inaction politique », *Cahiers du Genre*. 2021, vol.70 n° 1. p. 75-106.

SALOMON, Christine et Christine HAMELIN. « Les femmes kanak sont fatiguées de la violence des hommes », *Journal de la société des océanistes*. 1 décembre 2007 n° 125. p. 283-294.

SALOMON, Christine et Christine HAMELIN. « Beyond Normative Discourse: Adoption and Violence Against Women in New-Caledonia », *Pacific Studies*. 2008, vol.31 n° 3/4. p. 131-155.

SANA-CHAILLE-DE-NERE, Sandrine. « Le statut coutumier kanak, ni loi du for ni loi étrangère. Commentaire Cass. 1ère civ. 1er déc. 2010. – n° 08-20.843 », *Journal du droit international (Clunet)*. 2010, vol.3. p. 589-593.

SÁNCHEZ BOTERO, Esther. « La realización del pluralismo jurídico de tipo igualitario en Colombia », *Nueva Antropología. Revista de Ciencias Sociales Derechos indígenas en América Latina hacia el siglo XXI*. 2009, vol.22 n° 71. p. 31-49.

SAND, Christophe. *« Le temps d'avant »: La préhistoire de la Nouvelle-Calédonie*. Paris. Editions L'Harmattan. 1996.

SAND, Christophe, Jacques BOLE, et André OUETCHO. *Le début du peuplement austronésien de la Nouvelle-Calédonie: données archéologiques récentes*. Paris. Département Archéologie Service Territorial des musées et du Patrimoine. 1996.

SAND, Christophe, Jacques BOLE, et André OUETCHO. « Les sociétés préeuropéennes de Nouvelle-Calédonie et leur transformation historique. L'apport de l'archéologie » *En pays kanak : Ethnologie, linguistique, archéologie, histoire de la Nouvelle Calédonie*. Paris. Éditions de la Maison des sciences de l'homme. 2000, p. 171-194. (Ethnologie de la France).

SAND, Christophe, Jacques BOLE, et André John OUETCHO. « Les aléas de la construction identitaire multi-ethnique en Nouvelle-Calédonie: quel passé pour un avenir commun? », *Le Journal de la Société des océanistes*. 2003 n° 117. p. 147-169.

SARANGO, Luis Fernando. « El estado plurinacional y la sociedad intercultural: Una visión desde el Ecuador », *Revista Direito e Práxis*. 2016, vol.7 nº 13. p. 636-658.

SARAT, Austin. « The law is all over: power, resistance and the legal consciousness of the welfare poor », *Yale JL & Human.* 1990, vol.2. p. 343.

SAUSSOL, Alain. *L'Héritage : essai sur le problème foncier mélanésien en Nouvelle-Calédonie : essai sur le problème foncier mélanésien en Nouvelle-Calédonie*. Paris. Musée de l'Homme. 1979. (Publications de la Société des Océanistes).

SAUSSOL, Alain. « De l'aire clanique à la terre canaque: coutume et revendication nationale en Nouvelle-Calédonie » *Tropiques : lieux et liens : florilège offert à Paul Pélissier et Gilles Sautter*. Paris. ORSTOM. 1989, p. 492-499.

SAUSSOL, Alain. « L'archipel » *L'héritage : Essai sur le problème foncier mélanésien en Nouvelle-Calédonie*. Paris. Société des Océanistes. 2013, p. 263-304. (Publications de la SdO).

SCHAUER, Frederick. *Penser en juriste: nouvelle introduction au raisonnement juridique*. traduit par Stefan GOLTZBERG. Paris. Dalloz. 2018. (Rivages du droit).

SCOTT, James C. *Weapons of the weak: everyday forms of peasant resistance*. New Haven. Yale University Press. 1985.

SERMET, Laurent. « Juridicité, normativité et pluralisme. De quelques enseignements tirés de la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones » in Ghislain OTIS (éd.). *Méthodologie du pluralisme juridique*. Paris. Karthala. 2012, p. 201-243.

SERMET, Laurent. « Le pluralisme juridique: une approche française? », *Revue Juridique, Politique et Économique de La Nouvelle-Calédonie*. 2013 nº 22. p. 4-27.

SIEDER, Rachel. *Exigiendo justicia y seguridad Mujeres indígenas y pluralidades legales en América Latina*. Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropologia Social (CIESAS). México. Publicaciones de la Casa Chata. 2017.

SIEDER, Rachel et Anna BARRERA. « Women and Legal Pluralism: Lessons from Indigenous Governance Systems in the Andes », *Journal of Latin American Studies*. 2017, vol.49 nº 03. p. 1-26.

SIERRA, Maria Teresa et Rebecca LEMOS IGREJA. « Néocolonialisme et justiciabilité des droits des peuples indiens. Introduction », *Cahiers des Amériques latines*. 2020, vol.1 nº 94. p. 23-38.

SILBEY, Susan S. « Studying Legal Consciousness: Building Institutional Theory from Micro Data », *Droit et société*. Décembre 2018, N° 100 nº 3. p. 685-731.

SIMENON, Georges. *L'enterrement de monsieur Bouvet: Romans durs*. Paris. Place des éditeurs. 1950.

SIMON, Caroline. *La diversité ethno-nationale, un impensé de la justice familiale ? Analyse des rapports entre les familles à composante migratoire et les professionel.le.s dans l'exercice quotidien de la justice familiale à Bruxelles*, Doctorat en sciences juridiques. Faculté de Droit et de Criminologie. Bruxelles. Université libre de Bruxelles. 2018.

SIMON, Caroline et Barbara TRUFFIN. « La diversité culturelle en procès : l'expérience de la justice belge par les familles à composante migratoire, quels enjeux pour le pluralisme juridique ? », *Anthropologie et sociétés*. 2016, 40 (2). p. 113-129.

SIMON, Caroline, Barbara TRUFFIN, et Anne WYVEKENS. « Between Norms, Facts, and Stereotypes: The Place of Culture and Ethnicity in Belgian and French Family Justice » in Austin SARAT (ed.). *Studies in Law, Politics and Society*. Bingley. Emerald Publishing Limited. 2019, vol.78, p. 113-129.

SORIANO, Éric. « Une identité saisie par le droit » *L'avenir statutaire de la Nouvelle-Calédonie. L'évolution des liens de la France avec ses collectivités périphériques*. Paris. La Documentation française. 1997, p. 149-161.

SORIANO, Éric. *Une trajectoire du politique en Mélanésie: construction identitaire et formation d'un personnel politique: l'exemple Kanak de Nouvelle-Calédonie, 1946-1999,* Thèse de doctorat en Science Politique. Montpellier. Montpellier 1. 2000.

SORIANO, Éric. *La fin des Indigènes en Nouvelle-Calédonie: le colonial à l'épreuve du politique : 1946-1976*. Paris. Karthala. 2013. (Karapaa, mémoire et actualité du Pacifique).

SORIANO, Éric. « Le fils du chef : État colonial et production de l'hérédité politique en Nouvelle-Calédonie », *Critique internationale*. Octobre 2016, vol.73 n° 4. p. 37-52.

SOULE, Bastien. « Observation participante ou participation observante? Usages et justifications de la notion de participation observante en sciences sociales », *Recherches qualitatives*. 2007, vol.27 n° 1. p. 127-140.

DE SOUSA SANTOS, Boaventura. « Toward a Multicultural Conception of Human Rights Special Theme: Globalization and Social Legal Field », *Droit et société*. 1997, vol.35. p. 79-98.

DE SOUSA SANTOS, Boaventura. *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization, and Emancipation*. Cambridge. Cambridge University Press. 2002. (Law in context).

SPADE, Dean. *Normal Life: Administrative Violence, Critical Trans Politics, and the Limits of Law*. Durham ; London. Duke University Press. 2015.

STARR, June et Mark GOODALE (eds.). *Practicing ethnography in law: New dialogues, enduring methods*. New York. Palgrave Macmillan. 2002.

STAVO-DEBAUGE, Joan, Marta ROCA I ESCODA, et Cornelia HUMMEL. « Enquêter. Rater. Enquêter encore. Rater encore. Rater mieux: Présentation du Dossier « Penser les ratés de terrain » », *SociologieS*. Mai 2017. En ligne : http://journals.openedition.org/sociologies/6084 [consulté le 13 avril 2022].

STRUELENS, Olivier. *Les juges et les médiateurs face à l'enlèvement parental international*, Doctorat en sciences politiques et sociales. Faculté des sciences économiques, sociales et politiques / Institut d'analyse du changement dans l'histoire et les sociétés contemporaines. Université catholique de Louvain. 2020.

STRYKER, Susan, Paisley CURRAH, et Lisa Jean MOORE. « Introduction: Trans-, Trans, or Transgender? », *Women's Studies Quarterly*. 2008, vol.36 n° 3/4. p. 11-22.

STURZENEGGER-BENOIST, Odina. « Harmoniser nouveaux droits amérindiens et droits de l'homme », *Nuevo Mundo Mundos Nuevos. Nouveaux mondes nouveaux - Novo Mundo Mundos Novos - New world New worlds*. Mars 2011. En ligne : https://journals.openedition.org/nuevomundo/61245 [consulté le 24 avril 2022].

SUCHMAN, Lucy. « Making a case: knowledge and routine work in document production. » *Workplace studies : recovering work practice and informing system design*. Cambridge : Cambridge University Press, 2000, p. 29-45.

TAIWO, E. A. « Repugnancy clause and its impact on customary law: Comparing the South African and Nigerian positions — Some lessons for Nigeria », *Journal for Juridical Science*. Janvier 2009, vol.34 nº 1. p. 89-115.

THERY, Irène. *Le démariage: justice et vie privée*. Paris. Odile Jacob. 1993.

THOMAS, Yan. *Les opérations du droit*. Paris. EHESS, Gallimard, Seuil. 2011. (Hautes études).

THOMAS, Yan. « L'extrême et l'ordinaire. Remarques sur le cas médiéval de la communauté disparue » in Marie-Angèle HERMITTE et Paolo NAPOLI (eds.). *Les opérations du droit*. Paris. EHESS, Gallimard, Seuil. 2011, p. 207-238. (Hautes études).

THOMAS, Yan. « Réparer le temps en droit (romain et médiéval) » in Marie-Angèle HERMITTE et Paolo NAPOLI (éd.). *Les opérations du droit*. Paris. EHESS, Gallimard, Seuil. 2011, p. 187-206. (Hautes études).

TRAVERS, Max. « Ethnométhodologie, analyse de conversation et droit », *Droit et société*. 2001, vol.48 nº 2. p. 349-369.

TREPIED, Benoît. *Une mairie dans la France coloniale : Koné, Nouvelle-Calédonie.* Paris. Karthala. 2010. (Recherches internationales).

TREPIED, Benoît. « Une histoire kanak contre l'indépendance. Relectures familiales du passé colonial en Nouvelle-Calédonie », *Histoires de famille. Les récits du passé dans la parenté contemporaine*. Paris : Éditions rue d'Ulm, 2015, p. 141-162. (Sciences-Sociales).

TRÉPIED, Benoît. « Urban Kanak Parents on Customary Trial: An Ethnography of the Customary Family Court of Noumea, New Caledonia: Urban Kanak Parents on Customary Trial », *City & Society*. Avril 2016, vol.28 nº 1. p. 99-122.

TREPIED, Benoît. « "Vous avez oublié que vous êtes Kanak !" La justice coutumière face aux nouvelles relations familiales kanak » in Christine DEMMER et Benoît TREPIED (éd.). *La coutume kanak dans l'État. Perspectives coloniales et postcoloniales sur la Nouvelle-Calédonie*. Paris. L'Harmattan. 2017, p. 189-234. (Cahiers du Pacifique Sud contemporain).

TREPIED, Benoît. « Le sang, le nom, la coutume. Controverses judiciaires sur la paternité kanak en Nouvelle-Calédonie », *Ethnologie française*. 2018, vol.169 nº 1. p. 57-68.

TROLUE, Fote. « Le magistrat et la coutume : Questions et réponses sur une approche et les pratiques en Nouvelle-Calédonie » in Paul DE DEKKER (éd.). *Coutume autochtone et évolution du droit dans le Pacifique sud*. Paris. L'Harmattan. 1995, p. 146-151.

TROPER, Michel. « Chapitre V. Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique » *Pour une théorie juridique de l'État*. Paris. Presses Universitaires de France. 1994, p. 85-94. (Léviathan).

TROPER, Michel. *Comment décident les juges. La constitution, les collectivités locales et l'éducation*. Paris. Economica. 2008.

TRUFFIN, Barbara. « Droits autochtones amazoniens et droit officiel équatorien : une opposition culturelle ? Le cas des Runa et des Shiwiars », *Civilisations*. 2006 nº 55. p. 143-162.

TRUFFIN, Barbara. « Le pluralisme juridique en question(s) : le cas des droits autochtones en Amérique latine » in Marie-Claire FOBLETS et Nadjma YASSARI (éd.). *Approches juridiques de la diversité culturelle*. Leiden/Boston. Martinus Nijhof Publishers. 2013, p. 287-409.

VAN DER GEEST, Sjaak. « Confidentiality and pseudonyms: A fieldwork dilemma from Ghana », *Anthropology Today*. 2003, vol.19 nº 1. p. 14-18.

VAN LANG, Agathe, Geneviève GONDOUIN, et Véronique INSURGUET-BRISET. *Dictionnaire de droit administratif*. 7e édition. Paris. Dalloz. 2015.

VANNEAU, Victoria. *La Paix des ménages - Histoire des violences conjugales XIXe-XXIe siècle*. Paris. Anamosa. 2016.

VERDIER, Pierre. « Pour en finir avec l'intérêt de l'enfant », *Journal du droit des jeunes*. 2008, vol.280 nº 10. p. 34-40.

VERDRAGER, Pierre. « Mes ratés de terrain », *SociologieS*. Mai 2017. En ligne : https://journals.openedition.org/sociologies/6157 [consulté le 13 avril 2022].

VEYNE, Paul. *Comment on écrit l'histoire ?* Paris. Seuil. 1971.

WALENTA, Jayme. « Courtroom Ethnography: Researching the Intersection of Law, Space, and Everyday Practices », *The Professional Geographer*. Janvier 2020, vol.72 nº 1. p. 131-138.

WAMYTAN, Léon. *Peuple kanak et droit français: du droit de la colonisation au droit de la décolonisation, l'égalité en question*. Nouméa, Nouvelle-Calédonie. Centre de documentation pédagogique de la Nouvelle-Calédonie. 2013. (Collection Université).

WANG, Hsiao-Tan. « Justice, Emotion, and Belonging: Legal Consciousness in a Taiwanese Family Conflict », *Law & Society Review*. 2019, vol.53 nº 3. p. 764-790.

WATSON, Alan. « An Approach to Customary Law », *University of Illinois Law Review*. 1984 nº 3. p. 561-576.

WEBER, Florence. « Publier des cas ethnographiques : analyse sociologique, réputation et image de soi des enquêtés », *Genèses*. 2008, vol.70 nº 1. p. 140-150.

WEINER, James. « Eliciting Customary Law », *The Asia Pacific Journal of Anthropology*. 2006, vol.7 nº 1. p. 15-25.

WEINER, James et Katie GLASKIN. « Introduction: The (Re-)Invention of Indigenous Laws and Customs », *The Asia Pacific Journal of Anthropology*. 2006, vol.7 nº 1. p. 1-13.

WEITZNER, Viviane. « ‘Nosotros Somos Estado’: contested legalities in decision-making about extractives affecting ancestral territories in Colombia », *Third World Quarterly*. Mai 2017, vol.38 nº 5. p. 1198-1214.

WEITZNER, Viviane. « Between panic and hope: Indigenous peoples, gold, violence(s) and FPIC in Colombia, through the lens of time », *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*. Janvier 2019, vol.51 nº 1. p. 3-28.

WEITZNER, Viviane. « Alchemy in un mundo al revés: Gold, “Raw Law” and Indigenous Law in Colombia’s armed conflict », *Cahiers des Amériques latines*. Décembre 2020, vol.1 nº 94. p. 135-156.

WELLER, Jean-Marc. « Comment décrire ce qu’on ne voit pas ? Le devoir d’hésitation des juges de proximité au travail », *Sociologie du travail*. Septembre 2011, vol.53 nº 3. p. 349-368.

WELLER, Jean-Marc. « Les appuis matériels du raisonnement juridique : décider avec des papiers » in Julie COLEMANS et Baudoin DUPRET (éd.). *Ethnographies du raisonnement juridique*. Paris. LGDJ. 2018, p. 129-154.

WILLEMEZ, Laurent. « Les prud’hommes et la fabrique du droit du travail : contribution à une sociologie des rôles judiciaires », *Sociologie du travail*. Mars 2012, vol.54 nº 1. p. 112-134.

WILSON, Richard Ashby et Jon P MITCHELL (eds.). *Human Rights in Global Perspective: Anthropological Studies of Rights, Claims and Entitlements*. London ; New York. Routledge. 2003. (ASA Monographs).

WITTERSHEIM, Éric. « Les chemins de l’authenticité. Les anthropologues et la Renaissance mélanésienne », *L’Homme*. 1999, vol.39 nº 151. p. 181-205.

WOLKMER, Antonio Carlos et Efendy Emiliano MALDONADO BRAVO. « Pluralisme juridique face au constitutionnalisme latino-américain : domination et colonialité », *Cahiers des Amériques latines*. traduit par Wanda CAPELLER. Décembre 2020, vol.1 nº 94. p. 39-55.

WRIGHT, Marcia et Martin CHANOCK. « The Making of South African Legal Culture, 1902-1936: Fear, Favour, and Prejudice », *The International Journal of African Historical Studies*. 2001, vol.34 nº 1. p. 187.

WYVEKENS, Anne et Barbara TRUFFIN. *Justice, famille et convictions : un silence religieux ?* Défenseur des Droits. 2021.

XIFARAS, Mikhaïl. « Fictions juridiques: Remarques sur quelques procédés fictionnels en usage chez les juristes », *Zinbun*. 2011 nº 43. p. 87-146.

YAKIN, Ayang Utriza et Baudoin DUPRET. « La praxéologie du droit: mise en perspective et mise en pratique » *Ethnographies du raisonnement juridique*. Paris. LGDJ. 2018, p. 223-242. (Droit et société / Série Droit-Recherches et travaux-Classics).

ZIMMERMAN, Jill. « The reconstitution of customary law in South Africa: Method and discourse », *Harv. Blackletter LJ*. 2001, vol.17. p. 197.

ZOLESIO, Emmanuelle. « Anonymiser les enquêtés », *Interrogations ? Revue pluridisciplinaire de sciences humaines et sociales*. 2011 nº 12. p. 174-183.

Rapports

ANAYA, JAMES. Rapport du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, La situation du peuple kanak de Nouvelle-Calédonie (France), N° A/HRC/18/35/Add.6, Conseil des droits de l'homme, 14 septembre 2011.

BODIN, Aurélien. *Les violences intrafamiliales en Nouvelle-Calédonie : regard sur l'ampleur d'un phénomène social peu signalé*. Rapport 58. ISEE - Institut de la statistique et des études économiques Nouvelle-Calédonie. 2022. (Enquête Cadre de vie et sécurité 2021).

CHAMPMOREAU, Isabelle et Valentine EURISOUKE. *Rapport de mise en œuvre de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF) de la Nouvelle-Calédonie*. CEDEF. 2020.

COBO, Jose R. Martinez. *Study of the problem of discrimination against indigenous populations*. Rapport E/CN.4/Sub.2/1986/7 et Add1-4. United Nations - Economic and social Council. 1986.

CORNUT, Étienne et Pascale DEUMIER. *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*. Rapport Convention n°214.02.18.14. Ministère de la Justice. 2016. (GIP - Mission de recherche Droit et Justice).

DEMMER, Christine. *Faire de la coutume kanak un droit. Enjeux, histoire, questionnements*. Rapport Convention n° 13.38. Ministère de la Justice. 2016.

HERAULT, Laurence, Jérôme COURDURIES, Christine DOURLENS, et al. *État civil de demain et transidentité. Rapport final*. Rapport Convention n° 215-10-12-15. Mission de recherche Droit & Justice. 2018.

JOISSAINS, Sophie, Jean-Pierre SUEUR, et Catherine TASCA. *Nouvelle-Calédonie : continuer à avancer vers le destin commun*. Rapport 104. Sénat français. 2014.

JOUANNEAU, Solenne. *Rapport final de recherche. Violences conjugales - Protection des victimes, usages et conditions d'application dans les tribunaux français des mesures de protection des victimes de violences au sein du couple*. Rapport 15.29. Mission de Recherche Droit et Justice. Ministère de la Justice. 2019. (Mission de Recherche Droit et Justice).

RIVIERE, Dominique et Ernestine RONAI. *Combattre les violences faites aux femmes dans les outre-mer*. Rapport CESE 09. Délégation aux droits des femmes et à l'égalité et de la Délégation à l'Outre-mer. 2020.

Articles de presse et pages web

ASSOCIATION, Diversité NC. « POUR LA DIFFUSION DE "LA FILLE DU GRAND CHEF" », Blog *Change.org*. En ligne : https://www.change.org/p/nouvelle-caledonie-la-1ere-pour-la-diffusion-de-la-fille-du-grand-chef [consulté le 3 avril 2022].

B.B. « Le Sénat coutumier demande de respecter le « deuil national » », *LNC.nc | Les Nouvelles Calédoniennes, le Journal de Nouvelle Calédonie*. 9 décembre 2021. En ligne : https://www.lnc.nc/article-direct/referendum/societe/nouvelle-caledonie/le-senat-coutumier-demande-de-respecter-le-deuil-national-le-12 [consulté le 10 décembre 2021].

BANQUE MONDIALE. *Populations autochtones - Vue d'ensemble*. En ligne : https://www.banquemondiale.org/fr/topic/indigenouspeoples [consulté le 2 septembre 2021].

BELHOTE, Christian et Isabelle MERLE. « Nouvelle-Calédonie : une victoire à la Pyrrhus », Blog *AOC media - Analyse Opinion Critique*. 2022. En ligne : https://aoc.media/analyse/2022/01/03/nouvelle-caledonie-une-victoire-a-la-pyrrhus/ [consulté le 4 janvier 2022].

BOSSY, Delphine. « Les partisans du Oui demandent d'une seule voix le report du référendum », *LNC.nc | Les Nouvelles Calédoniennes, le Journal de Nouvelle Calédonie*. 9 novembre 2021 . En ligne : https://www.lnc.nc/article/politique/referendum/nouvelle-caledonie/les-partisans-du-oui-demandent-d-une-seule-voix-le-report-du-referendum [consulté le 10 décembre 2021].

CHARMASSON, Martin. « Le premier avocat kanak », *Nouvelle-Calédonie la 1ère*. 11 août 2016. En ligne : https://la1ere.francetvinfo.fr/nouvellecaledonie/le-premier-avocat-kanak-387611.html [consulté le 17 mars 2022].

CHATEL, Pierrick. « Robert Blaser : Coutume et justice peuvent cohabiter dans certains domaines », *LNC.nc | Les Nouvelles Calédoniennes, le Journal de Nouvelle Calédonie*. 19 juillet 2008 . En ligne : https://www.lnc.nc/article/justice/robert-blaser-coutume-et-justice-peuvent-cohabiter-dans-certains-domaines [consulté le 15 juin 2020].

CNIL. *L'anonymisation de données personnelles*. 2020. En ligne : https://www.cnil.fr/fr/lanonymisation-de-donnees-personnelles [consulté le 2 juin 2022].

DEMMER, Christine. « La régression loyaliste à l'heure du référendum de Kanaky-Nouvelle-Calédonie », *Club de Mediapart*. 2020. En ligne : https://blogs.mediapart.fr/christine-demmer/blog/290920/la-regression-loyaliste-l-heure-du-referendum-de-kanaky-nouvelle-caledonie [consulté le 22 décembre 2020].

DEMMER, Christine. « Un peuple calédonien ? Le référendum d'autodétermination en Nouvelle-Calédonie », *La Vie des idées*. 2018. En ligne : https://laviedesidees.fr/Un-peuple-caledonien.html [consulté le 14 août 2018].

DESBOUIGES, Emmanuelle et Dorothée TROMPARENT. « La fille du grand chef », *Nouvelle Calédonie la 1ère*. 9 mars 2021 . En ligne : https://www.francetvpro.fr/contenu-de-presse/9594525 [consulté le 3 avril 2022].

DICKINS MORRISON, Rowena, Adrian MUCKLE, et Benoît TRÉPIED. « Emmanuel Macron's dangerous shift on the New Caledonia referendum risks a return to violence », *The Guardian*.

2 décembre 2021. En ligne : https://www.theguardian.com/world/commentisfree/2021/dec/02/emmanuel-macrons-dangerous-shift-on-the-new-caledonia-referendum-risks-a-return-to-violence [consulté le 7 décembre 2021].

FAATAU, Jean-Tenahe. « Nouvelle-Calédonie : Une loi de Pays pour mieux aider les victimes de violences conjugales », *Outremers 360°*. 20 janvier 2022 . En ligne : https://outremers360.com/bassin-pacifique-appli/nouvelle-caledonie-une-loi-de-pays-pour-mieux-aider-les-victimes-de-violences-conjugales [consulté le 13 juin 2022].

GALLIEN-LAMARCHE, Jean-Alexis. « Cinq nouvelles avocates ont prêté serment à Nouméa », *LNC.nc | Les Nouvelles Calédoniennes, le Journal de Nouvelle-Calédonie*. 26 janvier 2022 . En ligne : https://www.lnc.nc/article-direct/justice/societe/grand-noumea/noumea/nouvelle-caledonie/cinq-nouvelles-avocates-ont-prete-serment-a-noumea [consulté le 26 janvier 2022].

GALLIEN-LAMARCHE, Jean-Alexis. « Léa Havard : “L'accord de Nouméa n'aura pas disparu le 13 décembre” », *LNC.nc | Les Nouvelles Calédoniennes, le Journal de Nouvelle-Calédonie*. 9 décembre 2021 . En ligne : https://www.lnc.nc/article/politique/referendum/justice/nouvelle-caledonie/lea-havard-l-accord-de-noumea-n-aura-pas-disparu-le-13-decembre [consulté le 10 décembre 2021].

GALLIEN-LAMARCHE, Jean-Alexis. « Un troisième juge attendu avant la fin 2018 à Koné », *LNC.nc | Les Nouvelles Calédoniennes, le Journal de Nouvelle-Calédonie*. 24 mars 2018 . En ligne : https://www.lnc.nc/article/nouvelle-caledonie/justice/un-troisieme-juge-attendu-avant-la-fin-2018-a-kone [consulté le 15 juin 2020].

GALLIEN-LAMARCHE, Jean-Alexis. « Francky Dihace, premier avocat kanak, entre dans l'histoire », *LNC.nc | Les Nouvelles Calédoniennes, le Journal de Nouvelle-Calédonie*. 12 août 2016 . En ligne : https://www.lnc.nc/article/pays/justice/francky-dihace-premier-avocat-kanak-entre-dans-l-histoire [consulté le 17 mars 2022].

GALLO, Jean-Frédéric. « Quelle sera la place des institutions coutumières demain ? », *LNC.nc | Les Nouvelles Calédoniennes, le Journal de Nouvelle Calédonie*. 17 juin 2022 . En ligne : https://www.lnc.nc/article/nouvelle-caledonie/societe/quelle-sera-la-place-des-institutions-coutumieres-demain [consulté le 23 juin 2022].

GALLO, Jean-Frédéric. « Violences conjugales : bientôt un bracelet anti-rapprochement », *LNC.nc | Les Nouvelles Calédoniennes, le Journal de Nouvelle Calédonie*. 13 janvier 2022 . En ligne : https://www.lnc.nc/article/politique/nouvelle-caledonie/violences-conjugales-bientot-un-bracelet-anti-rapprochement [consulté le 13 janvier 2022].

HAVARD, Léa. « 3ème référendum en Nouvelle-Calédonie : l'Accord de Nouméa est-il vraiment caduc ? », *Juspoliticum Blog*. 2022. En ligne : https://blog.juspoliticum.com/2022/01/03/3eme-referendum-en-nouvelle-caledonie-laccord-de-noumea-est%E2%80%91il-vraiment-caduc-par-lea-havard/?fbclid=IwAR1BNuM10nsOnZeGuYFZhqmjrEpuzQ94KamdxawrMzBCNExYw-oyLNt1w9I [consulté le 4 janvier 2022].

HOUILLON, Céline. « La justice accentue la proximité », *LNC.nc | Les Nouvelles Calédoniennes, le Journal de Nouvelle Calédonie*. 14 mars 2017. En ligne :

https://www.lnc.nc/article/brousse-et-iles/nord/la-justice-accentue-la-proximite [consulté le 15 juin 2020].

JOBERT, Sabine. « Justice: des départs et des arrivées », *Les Pays Magazine*. Avril 2020 n° 160. p. 8-9. (Publication mensuelle de la Province Nord).

LAMBERT, Elise. « Grand format. “C’était la France mais je n’avais plus aucun repère” : voyage au cœur de la Nouvelle-Calédonie, ce “caillou” tiraillé entre deux mondes », Blog *France info*. 4 octobre 2019. En ligne : https://www.francetvinfo.fr/politique/referendum-en-nouvelle-caledonie/grand-format-c-etait-la-france-mais-je-n-avais-plus-aucun-repere-voyage-au-coeur-de-la-nouvelle-caledonie-ce-caillou-tiraille-entre-deux-mondes_2986809.html [consulté le 17 avril 2019].

LASSAUCE, Bernard et Claude LINDOR. « Sur quelles bases discuter au lendemain du référendum ? », *Nouvelle-Calédonie la 1ère*. 13 octobre 2020 . En ligne : https://la1ere.francetvinfo.fr/nouvellecaledonie/sur-quelles-bases-discuter-au-lendemain-du-referendum-880812.html [consulté le 8 décembre 2020].

LASSAUCE-COGNARD, Natacha et Gaël DETCHEVERRY. « “J’ai ouvert une porte et j’en suis fière” : deux jeunes femmes transgenres racontent leur difficile parcours », *Nouvelle-Calédonie la 1ère*. 18 mai 2021 . En ligne : https://la1ere.francetvinfo.fr/nouvellecaledonie/j-ai-ouvert-une-porte-et-j-en-suis-fiere-deux-jeunes-femmes-transgenres-racontent-leur-difficile-parcours-1010461.html [consulté le 20 mai 2021].

LE MEUR, Oona. « Référendum en Nouvelle-Calédonie : un rendez-vous manqué dans le processus de décolonisation », *The Conversation*. 16 décembre 2021 . En ligne : http://theconversation.com/referendum-en-nouvelle-caledonie-un-rendez-vous-manque-dans-le-processus-de-decolonisation-173846 [consulté le 4 juin 2022].

LE MONDE. « L’organisation de la justice en Nouvelle-Calédonie Le droit coutumier mélanésien sera davantage pris en compte », *Le Monde.fr*. 6 avril 1989 .

LE MONDE et AFP. « Référendum en Nouvelle-Calédonie : victoire massive et sans surprise du « non » à l’indépendance, sur fond d’abstention record », *Le Monde.fr*. 12 décembre 2021 .

LE MONDE et AFP. « Nouvelle-Calédonie : le Conseil d’État rejette la demande de report du référendum », *Le Monde.fr*. 8 décembre 2021 .

LNC. « Une robe noire sur le sable blanc », *LNC.nc | Les Nouvelles Calédoniennes, le Journal de Nouvelle Calédonie*. 1 novembre 2009 . En ligne : https://www.lnc.nc/article/iles/une-robe-noire-sur-le-sable-blanc [consulté le 15 juin 2020].

LNC. « Repères », *LNC.nc | Les Nouvelles Calédoniennes, le Journal de Nouvelle Calédonie*. 29 février 2008 . En ligne : https://www.lnc.nc/article/nord/reperes-48 [consulté le 15 juin 2020].

LNC. « La justice à domicile », *LNC.nc | Les Nouvelles Calédoniennes, le Journal de Nouvelle Calédonie*. 7 juillet 2007 . En ligne : https://www.lnc.nc/article/economie/la-justice-a-domicile [consulté le 15 juin 2020].

LNC. « La justice en Calédonie : ils courent, ils courent, les juges », *LNC.nc | Les Nouvelles Calédoniennes, le Journal de Nouvelle Calédonie*. 12 mars 2003 . En ligne : https://www.lnc.nc/article/justice/la-justice-en-caledonie-ils-courent-ils-courent-les-juges [consulté le 15 juin 2020].

MAINGUET, Yann. « « Le droit coutumier est bel et bien un droit nouveau » », *LNC.nc | Les Nouvelles Calédoniennes, le Journal de Nouvelle Calédonie*. 4 novembre 2014 . En ligne : https://www.lnc.nc/article/pays/le-droit-coutumier-est-bel-et-bien-un-droit-nouveau [consulté le 14 mai 2020].

MERLE, Isabelle. « Il faut se réjouir des résultats du référendum », *Club de Mediapart*. 7 novembre 2018 . En ligne : https://blogs.mediapart.fr/isabelle-merle/blog/071118/il-faut-se-rejouir-des-resultats-du-referendum [consulté le 4 février 2019].

MESTRE, Charlotte. « Diversités NC alerte sur les violences homophobes et transphobes sur le territoire », *Nouvelle-Calédonie la 1ère*. 15 juin 2020 .

OTIS, Ghislain. *Deux ailes pour voler | Chaire de recherche du Canada*. En ligne : https://www.legitimus.ca/ [consulté le 15 mai 2020].

PALMIERI, Angela. « L'invité politique: Raphaël Mapou, membre du sénat coutumier " il faut positionner le droit coutumier dans le système juridique" », *Nouvelle-Calédonie 1ère*. 13 mai 2013 . En ligne : https://la1ere.francetvinfo.fr/nouvellecaledonie/2013/05/13/l-invite-politique-raphael-mapou-membre-du-senat-coutumier-il-faut-positionner-le-droit-coutumier-dans-le-systeme-juridique-34693.html [consulté le 6 août 2018].

PREVOST, Laurent. « Charte d'engagement. Agir ensemble pour lutter contre les violences faites aux femmes et promouvoir l'égalité entre les hommes et les femmes ».

R., T. « Le Sénat coutumier prépare la sortie de l'accord », *LNC.nc | Les Nouvelles Calédoniennes, le Journal de Nouvelle Calédonie*. 19 juin 2022 . En ligne : https://www.lnc.nc/article/nouvelle-caledonie/societe/le-senat-coutumier-prepare-la-sortie-de-l-accord [consulté le 23 juin 2022].

ROGER, Patrick. « En Nouvelle-Calédonie, le succès étriqué du « non » rebat les cartes », *Le Monde.fr*. 5 novembre 2018 . En ligne : https://www.lemonde.fr/politique/article/2018/11/05/en-nouvelle-caledonie-deception-chez-les-vainqueurs-satisfaction-chez-les-vaincus_5378854_823448.html [consulté le 4 février 2019].

SANTA, Thierry et Isabelle CHAMPMOREAU. « Grande cause territoriale | Violences conjugales, sexistes et sexuelles », *Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie*. 2019 . En ligne : https://violences-conjugales.gouv.nc/le-gouvernement-sengage/grande-cause-territoriale [consulté le 13 juin 2022].

SENAT COUTUMIER. « Document de présentation du Plan Marshall pour l'identité kanak ». En ligne : http://www.senat-coutumier.nc/phocadownload/userupload/planmarshall.pdf [consulté le 10 mai 2016].

SENAT COUTUMIER. « Samedi 26 avril 2014, en clôture du Congrès Extraordinaire du Pays Kanak, Proclamation de la Charte du Peuple Kanak, par le Président Paul Vakié ». Nouméa,

Nouvelle-Calédonie. Site internet du Sénat coutumier. 2014. En ligne : http://www.senat-coutumier.nc/phocadownload/userupload/nos_publications/charte.pdf [consulté le 7 mai 2016].

SENAT COUTUMIER. « Socle Commun des Valeurs Kanak : Synthèse finale décembre 2013 ». En ligne : http://www.senat-coutumier.nc/lesenat- coutumier/nos-publications/rapports-et-documents [consulté le 7 mai 2016].

SENAT COUTUMIER. « La Charte du peuple Kanak. Socle Commun des Valeurs et Principes Fondamentaux de la Civilisation Kanak ».

SENAT COUTUMIER. « La Parole, numéro spécial: Lancement du chantier du Socle Commun des Valeurs Kanak ». En ligne : http://www.senat-coutumier.nc/le-senat-coutumier/nos-publications/la-parole [consulté le 7 mai 2016].

SENAT COUTUMIER DE LA NOUVELLE-CALEDONIE. *Présentation du Sénat : rôles, missions, attributions, fondement légal*. En ligne : https://www.senat-coutumier.nc/le-senat-coutumier/presentation-roles-missions-attributions-fondement-legal [consulté le 4 juin 2022].

SLAVICEK, Marie. « Changement d'état civil pour les trans : « On doit encore passer devant un juge, c'est humiliant » », *Le Monde*. 17 juin 2018 . En ligne : https://www.lemonde.fr/societe/article/2018/06/17/changement-d-etat-civil-pour-les-trans-on-doit-encore-passer-devant-un-juge-c-est-humiliant_5316575_3224.html [consulté le 13 juillet 2019].

TREPIED, Benoît. « Le retour de l'Etat colonial en Nouvelle-Calédonie », *Libération*. 21 décembre 2021 . En ligne : https://www.liberation.fr/idees-et-debats/tribunes/le-retour-de-letat-colonial-en-nouvelle-caledonie-20211221_OIBEMGIHOZCJDMU3DMK5PSO4BA/ [consulté le 4 juin 2022].

TROMEUR, Françoise. « Le Conseil d'État rejette la demande d'annuler le troisième référendum », *Nouvelle-Calédonie la 1ère*. 4 juin 2022 . En ligne : https://la1ere.francetvinfo.fr/nouvellecaledonie/le-conseil-d-etat-rejette-la-demande-d-annuler-le-troisieme-referendum-1290628.html [consulté le 4 juin 2022].

ULYSSE, Eline. « Francky Dihace, le premier avocat kanak », *Outremers360°*. 11 août 2016 . En ligne : https://outremers360.com/societe/francky-dihace-le-premier-avocat-kanak [consulté le 17 mars 2022].

VINCENT, Élise. « Juge de brousse », *Le Monde*. 21 septembre 2009 . En ligne : https://www.lemonde.fr/societe/article/2009/09/21/nouvelle-caledonie-juge-de-brousse_1243079_3224.html [consulté le 25 juin 2022].

WERY, Claudine. « Inégalités sociales en Nouvelle-Calédonie : « Il y a vraiment deux mondes. Et la situation s'aggrave » », *Le Monde.fr*. 8 décembre 2021 .

WERY, Claudine. « Covid-19 : avec plus de 100 morts en un mois, une épidémie brutale en Nouvelle-Calédonie », *Le Monde.fr*. 29 septembre 2021 .

ZWEIFEL, Walter. « Unease builds over New Caledonia referendum », *RNZ*. 30 novembre 2021.

Références audiovisuelles

KASSOVITZ, Mathieu. *L'ordre et la morale*. 2011. 136 min.

BEAUDUCEL, Éric. *Une justice entre deux mondes*. 2013. 54 min.

KOTRA, Wallès. « Pourquoi nous avons déprogrammé le documentaire "La fille du grand chef" ce mardi 9 mars ». En ligne : https://www.facebook.com/watch/?v=157404926221088 [consulté le 3 avril 2022].

Annexes

TABLEAU DES ENTRETIENS

ENTRETIENS AVEC LES MAGISTRATS

Entretien avec le magistrat M1, magistrat à la section détachée de Koné et chargé des affaires coutumières au TPI de Nouméa entre 2010 et 2014

- 6 décembre 2016, Tribunal de Grande Instance, Bordeaux, France

Entretien avec le magistrat M2, magistrat à la section détachée de Koné entre 1998 et 2017

- 21 juillet 2016, section détachée de Koné
- Conversations informelles lors des observations d'audiences foraines en juillet/août 2016 (voir le tableau des journées d'audiences observées)
- 13 juillet 2017, section détachée de Koné

Entretien avec le magistrat M3, magistrat affecté à la section détachée de Lifou et responsable des affaires coutumières au TPI de Nouméa entre 2016 et 2020

- Conversations informelles au cours des audiences en juillet/août 2016 (voir le tableau des journées d'audiences observées), TPI de Nouméa
- 26 juillet 2017, section détachée de Lifou
- 29 août 2018, Paris/Lifou (entretien téléphonique)
- 12 avril 2019, TPI de Nouméa

ENTRETIENS AVEC LES ASSESSEURS COUTUMIERS

Entretien avec AC1, assesseur coutumier de l'aire Xârâcùù, 8 août 2016

Entretien avec AC2, assesseur coutumier de l'aire Drubea-Kapumë, 13 juillet 2017

Entretien avec AC3, assesseur coutumier de l'aire Ajië Aro, 14 juillet 2017

Entretien avec AC4, assesseur coutumier de l'aire Drubea-Kapumë, 24 juillet 2017

Entretien avec AC5, assesseur coutumier de l'aire Drehu, 26 juillet 2017

Entretien avec AC6, assesseur coutumier de l'aire Drehu, 27 juillet 2017

Entretien avec AC7, assesseur coutumier de l'aire Paicî-Cèmuhi, 14 août 2017

Entretien avec AC8, assesseur coutumier de l'aire Paicî-Cèmuhi, 17 août 2017

Entretien avec AC9, assesseur coutumier de l'aire Paicî-Cèmuhi, 8 août 2017

Entretien avec AC10, assesseur coutumier de l'aire Drubea-Kapumë 29 août 2017 et 17 avril 2019

Entretien avec AC 11, assesseur coutumier de l'aire Drehu, 12 avril 2019

ENTRETIEN AVEC LE PERSONNEL DES TRIBUNAUX

Entretien avec la greffière chargée des affaires coutumières entre 2007 et 2016 (G1), 4 août 2016, TPI de Nouméa

Entretien avec la greffière chargée des affaires coutumières depuis 2016 (G2), 23 août 2017, TPI de Nouméa

Entretien avec le procureur de la République, 12 juillet 2016, TPI de Nouméa

Entretien avec un.e juge d'application des peines, 10 juillet 2017, TPI de Nouméa

ENTRETIEN AVEC LES AVOCATS, PLAIDANT A LA CHAMBRE COUTUMIERE

Entretien avec avocat A1, 29 juillet 2016, Nouméa

Entretien avec avocat A2, 10 août 2016, Nouméa

Entretien avec avocat A3, 19 août 2016, Nouméa

ENTRETIENS AVEC LES JUSTICIABLES DE STATUT COUTUMIER, TRANS[1]

Entretien avec Princesse Tara, 15 avril 2019

Entretien avec Marina, 17 avril 2019

Entretien avec Kelly, 18 avril 2019

[1] Dans le souci de préserver l'anonymat de nos inerlocuteurs.ices, nous utilisons des pseudonymes.

Table des matières